



Dipartimento  
di Economia e Management

Cattedra di Economia Industriale

*Domare la Grande Tigre?*  
Riflessioni sulla disciplina antitrust in Cina.

Prof. Ernesto Cassetta  
RELATORE

Maria Beatrice Trequattrini  
CANDIDATO

*A chi mi è stato vicino,*  
谢谢.

## Indice

Introduzione	(05)
--------------	------

### **Capitolo I La concorrenza nella teoria economica**

<i>Premessa</i>	(07)
1.1 La storia della teoria della concorrenza	(07)
1.1.1 Il mercantilismo	(07)
1.1.2 L'economia classica	(08)
1.1.3 L'economia neoclassica	(09)
1.1.4 Ultimi contributi	(11)
1.2 L'efficienza della concorrenza	(12)
1.3 Tutela della concorrenza	(14)
<i>Conclusioni</i>	(15)

### **Capitolo II Anti-Monopoly Law**

<i>Premessa</i>	(16)
1.1 Pre-AML	(16)
2.2 Anti-Monopoly Law (AML)	(19)
2.2.1 <i>Chapter 1: Disposizioni Generali</i>	(20)
2.2.2 <i>Chapter 2: Accordi Monopolistici</i>	(22)
2.2.3 <i>Chapter 3: Abuso di Posizione Dominante</i>	(23)
2.2.4 <i>Chapter 4: Concentrazioni</i>	(25)
2.2.5 <i>Chapter 5: Monopoli Amministrativi</i>	(27)
2.2.6 <i>Chapter 6 &amp; 7: Responsabilità e Pene</i>	(28)
2.3 Le autorità	(29)
2.4 Cina e Unione Europea: studio comparato	(32)
<i>Conclusioni</i>	(33)

### **Capitolo III La disciplina antitrust in Cina: teoria e pratica a confronto**

<i>Premessa</i>	(34)
1. La definizione del mercato rilevante	(34)
2. Le concentrazioni	(39)
3. L'abuso di posizione dominante e gli accordi monopolistici	(40)
4. La funzione "politica" della disciplina antitrust: il caso Coca-Cola	(41)
<i>Conclusioni</i>	(46)
Appendice	(47)
Brevi riflessioni conclusive	(54)
Bibliografia	(56)
Sitografia	(57)

## INTRODUZIONE

Negli ultimi anni la Cina è stata protagonista di un repentino cambiamento, che l'ha portata a diventare in tempi brevissimi, un'indiscussa potenza a livello mondiale. L'era delle riforme (改革開放, *gǎigé kāifàng*) iniziata da Deng Xiaoping negli anni settanta del secolo scorso ha, infatti, finalmente realizzato quel grande balzo avanti (大跃进, *dàyuèjìn*) sperato da Mao Zedong, trasformando la Cina da Paese prevalentemente agricolo in una moderna economia industriale, dominata da industrie pesanti controllate dallo Stato.

La modernizzazione della Cina non può, tuttavia, non passare per una fase di apertura verso l'Occidente, realizzata soprattutto attraverso l'adozione di alcuni dei suoi usi e costumi e di alcune delle sue regole. Primo tra tutti, il modello di economia di mercato, che viene, tuttavia, fuso in alcune sue caratteristiche con la *command economy* che era stata fino a quel momento il suo modello economico di riferimento. L'economia di mercato non è, tuttavia, di facile adozione per un contesto abituato alla determinazione dei prezzi e delle quantità da parte di un regolatore esterno quale è lo Stato. Le imprese non hanno spesso gli strumenti per gestire la dura concorrenza proveniente dall'esterno, da Paesi cioè dove la competitività è un valore che si conosce da sempre, e che non va appreso da un momento all'altro. La gestione di questo tipo di situazione richiede, allora, una normativa che sia in grado di indirizzare il mercato verso le sue forme più efficienti: non solo per consentire una facile transizione, ma anche per impedire che le imprese abusino ingiustamente di posizioni di vantaggio dovute ai supporti statali di cui godevano in precedenza. La normativa che più spesso viene usata a tal fine, nell'esperienza economica mondiale, è la disciplina antitrust; è indubbio, allora, che la normativa antitrust sia una *milestone* importante nella trasformazione della Cina da un'economia pianificata a una di mercato (X. Wang).

La tesi si propone di analizzare questa disciplina, vista la sua importanza non solo in Cina, ma in generale nel panorama economico mondiale. Questo soprattutto in funzione del rinnovato interesse che negli ultimi tempi si è sviluppato anche in Italia nei confronti del Paese, dati i recenti accordi commerciali che hanno visto i due Paesi protagonisti.

Il lavoro è organizzato nel modo seguente. Il primo capitolo inquadra il tema della disciplina antitrust nel dibattito economico. Si prenderanno le mosse dai contributi teorici dei mercantilisti e di Adam Smith per individuare cosa si sia inteso nei secoli, e cosa s'intenda oggi, per concorrenza. Tale analisi è necessaria alla comprensione delle motivazioni che spingono a ritenere quella concorrenziale la configurazione del mercato più efficiente e, quindi, quella che più di tutte è meritevole di tutela; le

caratteristiche di questa efficienza saranno spiegate nel corso del capitolo, il quale si concluderà con la descrizione dei due storici approcci alla tutela, la Scuola di Harvard e la Scuola di Chicago.

Il secondo capitolo descrive la normativa cinese. Una volta inquadrata e motivata la necessità di una disciplina volta al controllo del mercato in un'economia non pianificata, ci si concentrerà sulla forma particolare adottata dalla Repubblica Popolare Cinese; il capitolo si conclude, infine, con un breve paragone tra il disposto normativo analizzato e quello europeo.

Da ultimo, descritta la normativa, sarà condotta una panoramica delle applicazioni pratiche che si sono avute dall'emanazione della legge, limitatamente ai dati a oggi disponibili. L'esposizione dell'analisi prende le mosse da una descrizione delle modalità d'individuazione del mercato rilevante, la fase fondamentale nell'analisi antitrust, per poi esaminare il caso Coca Cola/Huiyuan, scelto per la peculiarità delle sue caratteristiche: il tentativo di acquisizione del brand domestico Huiyuan da parte della americana Coca Cola venne bloccato dall'autorità sulla base di valutazioni non solo economiche, ma anche politiche. Il caso consente di suscitare un dibattito sul come la normativa antitrust possa essere piegata al fine di perseguire obiettivi di politica industriale, e come questo specialmente accada in Cina, che rimane, nonostante lo sforzo verso l'apertura all'esterno che ha caratterizzato la politica cinese dell'ultimo secolo, una "economia socialista di mercato".

L'obiettivo che si vuole raggiungere con il percorso appena delineato è cercare di comprendere in che modo le particolari caratteristiche politiche, sociali e culturali cinesi influenzino la disciplina a tutela del mercato, e in cosa questa si differenzi rispetto alle esperienze diffuse nel resto del mondo, con un *focus* necessario sull'Europa. Un'influenza di questo tipo è inevitabile, soprattutto in contesti in cui non semplicemente l'economia, ma la stessa vita quotidiana è così fortemente strutturata e dominata dal senso del collettivo e del raggiungimento di obiettivi comuni più alti rispetto alla ricerca del guadagno e del benessere personale. La legge si deve necessariamente sposare con queste specifiche declinazioni della cultura e politica del Paese.

Per quanto complesso, a causa della difficoltà di reperimento di dati e informazioni aggiornati, si è cercato di dare una risposta il più possibile completa a questo interrogativo.

# CAPITOLO I

## La concorrenza nella teoria economica

### *Premessa*

Ripercorrere la storia dello sviluppo della concorrenza economicamente intesa non è compito facile; pochi concetti sono stati oggetto di dibattito tanto frequentemente, e non sorprende dunque la miriade di riflessioni complementari, ma diverse, che esistono a proposito. Il seguente capitolo ripercorrerà brevemente alcuni punti salienti dell'evoluzione della teoria della concorrenza, per poi esporre le motivazioni a favore e quelle contro l'ingerenza dello Stato nel mercato a tutela della stessa, al fine di fornire coordinate utili all'inserimento della normativa antitrust in un contesto teorico e formale.

### 1. Storia della teoria della concorrenza

Sostenere che la concorrenza nasca con l'economia classica di Smith, Ricardo e Mill è una semplificazione, di certo accettabile, ma pur sempre tale. Seppur vero che fu Smith a dare alla *competition* nuovi abiti economici, non è corretto sostenere che a lui si debba interamente il concetto. In effetti, di *competition* già si parlava prima di Smith, in contesti intellettuali a dire il vero non economici. Stigler, a tal proposito, afferma che “[la competizione] fa il suo ingresso nel dibattito economico dal ambiti ben più comuni, dov'è concepita come la rivalità indipendente tra due o più soggetti.” (Stigler, 1957). E' interessante allora introdurre brevemente questi passaggi iniziali, propedeutici alla definizione poi proposta da Smith.

#### 1.1 Il mercantilismo

Johann Joachim Becher, mercantilista tedesco del diciassettesimo secolo, sembrava aver già raggiunto una conclusione classica della teoria della concorrenza, e cioè che il monopolio<sup>1</sup> ha come conseguenza prezzi elevanti, mentre il polipolio<sup>2</sup> garantisce una riduzione progressiva dei prezzi.

E un concetto molto simile a quello di concorrenza smithiana viene discusso da Cantillon, il quale invita a osservare come il prezzo in un qualsiasi mercato<sup>3</sup> sia ultimamente determinato da una

---

<sup>1</sup> Cioè un “mercato caratterizzato da un prodotto per il quale non sia possibile individuare prodotti sostituti e nel quale opera una sola impresa” (Scognamiglio Pasini).

<sup>2</sup> Cioè ogni situazione contraria al monopolio, a prescindere dal numero effettivo di offerenti (source)

<sup>3</sup> L'autore parla in realtà del mercato della carne, per poi arrivare a generalizzare parlando di un qualsiasi tipo di *commodities* o *merchandise*.

*altercation* tra compratori e offerenti, basata su un'unica informazione: il numero di soggetti presenti sul mercato, da qualsiasi lato (domanda e offerta). E osserva inoltre Cantillon che, nonostante il prezzo sembri formarsi sulla base di fattori estranei al valore delle risorse utilizzate per la produzione del bene, comunque “*in generale, questi prezzi [individuati dall'interazione tra domanda e offerta sulla base del numero di soggetti presenti sul mercato nel suo complesso] non differiscono molto dal valore intrinseco del bene offerto.*”<sup>4</sup>

Anche Turgot e Hume discutono di concorrenza. Turgot parla di come la competizione influenzi il mercato agricolo, individuando in essa l'unica causa che permetta al proprietario del fondo di avocare a sé tutto il surplus degli agricoltori che, appunto, competono per ottenere il permesso di lavorare sul suo terreno.

Hume, invece, sostiene che è la competizione che, in un Paese dove lo scambio e l'industria siano liberi e attivi, abbassa il tasso di profitto al minimo possibile (Hume, 1955).

Da ultimo, il contributo di Sir James Steuart appare il più significativo rispetto al successivo sviluppo della teoria smithiana. Steuart osserva l'esistenza di una doppia competizione, una dal lato della domanda e una dal lato dell'offerta. Ed è questa doppia competizione a mantenere, in ultima istanza, l'equilibrio tra i pezzi; questa la forza gravitazionale che impedisce una caduta eccessiva e al contempo un aumento sproporzionato dei prezzi.

## **1.2 L'economia classica**

Quanto detto consente di comprendere come la concorrenza non nasca allora con Adam Smith; il contesto culturale nel quale si sviluppa l'economia classica è già da tempo consapevole delle virtù della concorrenza, riconosciuta come tendenza alla riduzione dei prezzi di mercato a un livello che elimini profitti eccessivi e domanda insoddisfatta. Il contributo smithiano si traduce quindi nel sistematizzare un concetto “comune”, renderlo scientifico ed economico.

La conclusione di Smith è celebre: la competizione è una forza ordinatrice, una *mano invisibile*, che portando all'eguaglianza di prezzi e costi marginali garantisce l'efficienza allocativa delle risorse. Ciò che accade è che una offerta ridotta porta a prezzi più alti, perché i compratori “faranno a gara” per ottenere il bene; mentre se l'offerta è eccessiva, si verifica il contrario. La competizione è una forza ordinatrice perché è, a tutti gli effetti, una gara: “*a race to get limited supplies or a race to be rid of excess supply. Competition is a process of responding to new force and a method of reaching*

---

<sup>4</sup> da Monroe, 1948.

*a new equilibrium*” (Stigler).

Tuttavia, è importante osservare che in Smith non esiste ancora l’idea di perfezione della concorrenza, con i suoi assunti e le sue supposizioni. Per Smith, si ha concorrenza quando si verificano cinque condizioni: l’indipendenza dei rivali, un’informazione tollerabile delle opportunità presenti sul mercato, la libertà d’agire, un tempo sufficiente per canalizzare le risorse a disposizione verso l’opportunità e infine un numero di rivali, potenziali o presenti, tale da eliminare gli extra profitti. E’ da notare che già in Smith esiste l’idea che la concorrenza è agevolata da un numero sufficientemente elevato da garantire l’assenza di un profitto aggiuntivo, ma non è corretto sostenere che per Smith l’infinito numero di imprese dal lato dell’offerta (come sarà invece in seguito per i neoclassici) sia condizione indispensabile per l’esistenza stessa della concorrenza: “se il capitale è diviso tra due mercanti, la loro competizione tenderà a spingere i prezzi maggiormente verso il basso, rispetto a quanto non si avrebbe con un solo mercante; e questa tendenza sarebbe molto più pronunciata se i mercanti fossero venti.” (Smith). Quindi la competizione esiste a prescindere dal numero dei concorrenti; ma è indubbio, comunque, che essa sia notevolmente avvantaggiata quando maggiore è il numero delle imprese offerenti sul mercato.

Diversa è invece la posizione di John Elliot Cairnes. Egli definisce la concorrenza come uno stato nel quale ogni bene è scambiato in proporzione al sacrificio in termini di capitale e lavoro richiesto dalla sua produzione.

### **1.3 L’economia neoclassica**

Il passo successivo è l’economia neoclassica, che si pone come obiettivo primario la formalizzazione matematica di quelle che erano rimaste, fino ad allora, mere riflessioni empiriche. Si parte allora, com’è d’uso oggi, dalla definizione di una funzione di profitto per l’impresa e dalla logica riflessione che l’obiettivo di questa è la massimizzazione della funzione stessa. Massimizzare una funzione vuol dire calcolarne la derivata dei profitti rispetto a un output uguale a zero. Ciò premesso, come si può definire la competizione? Per Cournot, “gli effetti della competizione raggiungono il loro limite quando ogni produzione parziale  $D(k)$  del singolo produttore è inapprezzabile rispetto all’output complessivo  $D$  dell’industria, ma anche rispetto alla derivata prima della produzione totale, così che se si levasse la produzione parziale  $D(k)$  non si potrebbero riscontrare variazioni tali da modificare il prezzo del bene.” (Cournot, 1929). Senza andare eccessivamente nel merito matematico di quanto sostenuto, ciò che si ottiene è una definizione al limite, matematicamente inteso, della concorrenza smithiana.

Va notato che fino ai neoclassici, e più precisamente a Jevons, la concorrenza non è mai un mercato; è una forza ordinatrice del mercato, è una caratteristica, se si vuole, è nel mercato ma non è il mercato. Jevons fonde i due concetti: *“un mercato è teoricamente perfetto quando c’è perfetta competizione, così che tutti possano scambiare tra di loro senza avere alcun tipo di vantaggio sugli altri.”* Allora si inizia a parlare di concorrenza perfetta, che è una configurazione, la più efficiente, del mercato; è un mercato e non è più una caratteristica del mercato come lo era per i classici. Tuttavia, non è Jevons a dare una lista di condizioni o requisiti che consento di individuare sistematicamente un mercato perfettamente concorrenziale, ma Edgeworth; egli offre una spiegazione più formale di ciò che si deve intendere con “concorrenza perfetta”. Un mercato è allora perfettamente concorrenziale, e sono queste condizioni necessarie e sufficienti nella trattazione dell’autore, quando: il numero dei partecipanti dal lato della domanda e dell’offerta è indefinitamente grande; non esistono limiti alla libertà d’azione dei concorrenti e questi decidono sempre di agire indipendentemente rispetto agli altri; i beni scambiati sono perfettamente divisibili. In aggiunta a queste condizioni, per raggiungere il concetto di concorrenza perfetta che conosciamo oggi, Clark aggiunge la perfetta mobilità delle risorse, e descrive la concorrenza come un elemento di economia statica, nel senso la competizione consente di pervenire a uno stato in cui la mobilità è perfettamente garantita, ma in cui nessuno si muove.

E’ interessante a questo punto rilevare che le due accezioni di concorrenza fin qui esaminate sono l’una la logica conseguenza dell’altra. E questo perché la concorrenza è, per i classici prima e i neoclassici poi, comunque una caratteristica del mercato, un fenomeno di scambio, non ancora mai legato alla struttura e al funzionamento degli operatori del mercato, le imprese. In particolare, si può dire che Adam Smith ritenesse concorrenza uno specifico comportamento assunto dagli operatori, e cioè l’irrinunciabile volontà di “fare meglio” dei propri rivali (in questo si intuisce perché si identifichi la concorrenza come una gara). La concorrenza perfetta è dunque solo il limite, matematicamente parlando, di questo comportamento: il disequilibrio dato dalla estenuante competizione tra gli operatori si stabilizza, rendendo il prezzo di fatto un fattore amovibile e privando il mercato di ogni qualsivoglia tipo di dinamicità. Paradossalmente, il limite della concorrenza è la scomparsa di competizione; non è strano allora sostenere, come fa Kenneth J. Arrow, che la concorrenza perfetta non sia altro che un “monopolio in un’ambiente particolare”. Anche von Hayek a tal proposito scrive che “la concorrenza perfetta implica, in effetti, l’assenza di tutte le attività concorrenziali.” In effetti, von Hayek (e con lui Schumpeter) analizzano la concorrenza adottando una prospettiva diversa, si potrebbe dire di lungo periodo, dove la concorrenza è necessariamente un processo dinamico perché le imprese, sempre alla ricerca di profitti positivi, sono spinte a innovare e

migliorare i loro processi produttivi al fine di ridurre i costi e, conseguentemente, il prezzo. In questo modo, la concorrenza fa da continuo stimolo alla crescita del sistema economico.

#### 1.4 Ultimi contributi<sup>5</sup>

Il paragrafo della concorrenza perfetta si può chiudere con il contributo di Knight, il quale propone una nuova lista di condizioni necessarie alla concorrenza perfetta. Tra queste, le più rilevanti sono la razionalità degli agenti, la perfetta mobilità delle risorse, la perfetta comunicazione, la divisibilità dei beni offerti, l'indipendenza degli agenti, l'assenza di fluttuazioni periodiche. Si può riconoscere in questa lista quelle che sono le condizioni, volendo, "minime" della concorrenza perfetta. Stigler, tuttavia, afferma che non è possibile individuare condizioni minime, e anzi criticamente commenta quanto sostenuto da Knight. Allora interessante è la tesi dello stesso Stigler, il quale sostiene che una più appropriata definizione di competizione potrebbe essere: "l'assenza di potere monopolistico<sup>6</sup>"; ma riconoscendo egli stesso che una simile definizione risulterebbe troppo restrittiva, introduce il concetto di "concorrenza di mercato", molto simile a quella che Chamberlin chiama "competizione pura". La concorrenza di mercato esiste ed è perfetta quando il numero degli agenti dal lato dell'offerta è elevato e indeterminato e tutti si comportano indipendentemente in un mercato che è perfetto.

Il *mainstream* prevalente nella teoria economica successiva è la distruzione del modello di concorrenza perfetta, prendendo ogni assunto di questa ed eliminandolo alla radice. In questa ottica lavorano, a titolo esemplificativo, Baumol, Panzar e Willig. Si può avere concorrenza anche senza che ci sia un numero indefinitamente alto di agenti reali, a patto che le barriere all'entrata e all'uscita<sup>7</sup> siano nulle, così che è il numero di concorrenti potenziali a costringere l'impresa, anche se unica attrice nel mercato, a comportarsi sostanzialmente come se fosse circondata da rivali. Anche il lavoro di Ronald Coase si può inserire in questa tendenza; le risorse non sono libere di muoversi perché ogni transazione comporta dei costi. E' possibile allora che le imprese riducano questi costi, detti per l'appunto di transazione, producendo internamente il bene che dovrebbero altrimenti comprare sul

---

<sup>5</sup> Appare d'obbligo notare che si è fatta, in questa sezione, una cernita dei contributi che sembrano più rilevanti ai fini della trattazione. Il paragrafo non vuole essere esaustivo.

<sup>6</sup> M. Lieberman, R. Hall, *Principi di economia*, Maggioli Editore, 2014, p.379. "Un'impresa detiene potere monopolistico quando può influenzare il prezzo che chiede per i suoi prodotti."

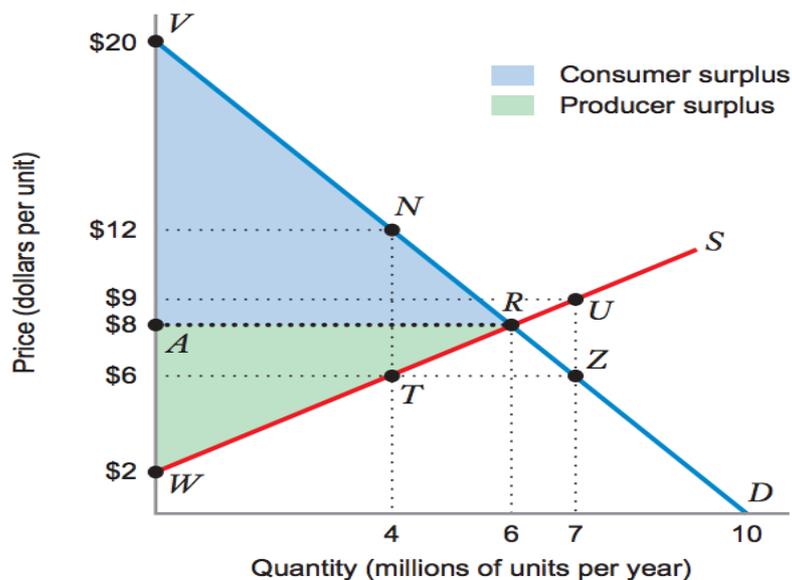
<sup>7</sup> C. Scognamiglio Pasini, *Economia Industriale*, LUISS University Press, 2006, p.157 e p.166. "Le barriere all'entrata misurano di quanto, nel lungo periodo, le imprese già sul mercato possono aumentare i loro prezzi di vendita al di sopra dei costi medi minimi di produzione e distribuzione senza indurre l'entrata di imprese potenziali concorrenti." e "Le barriere all'uscita sono i fattori economici, strategici ed emotivi che trattengono l'impresa nel mercato anche se la redditività è bassa o negativa."

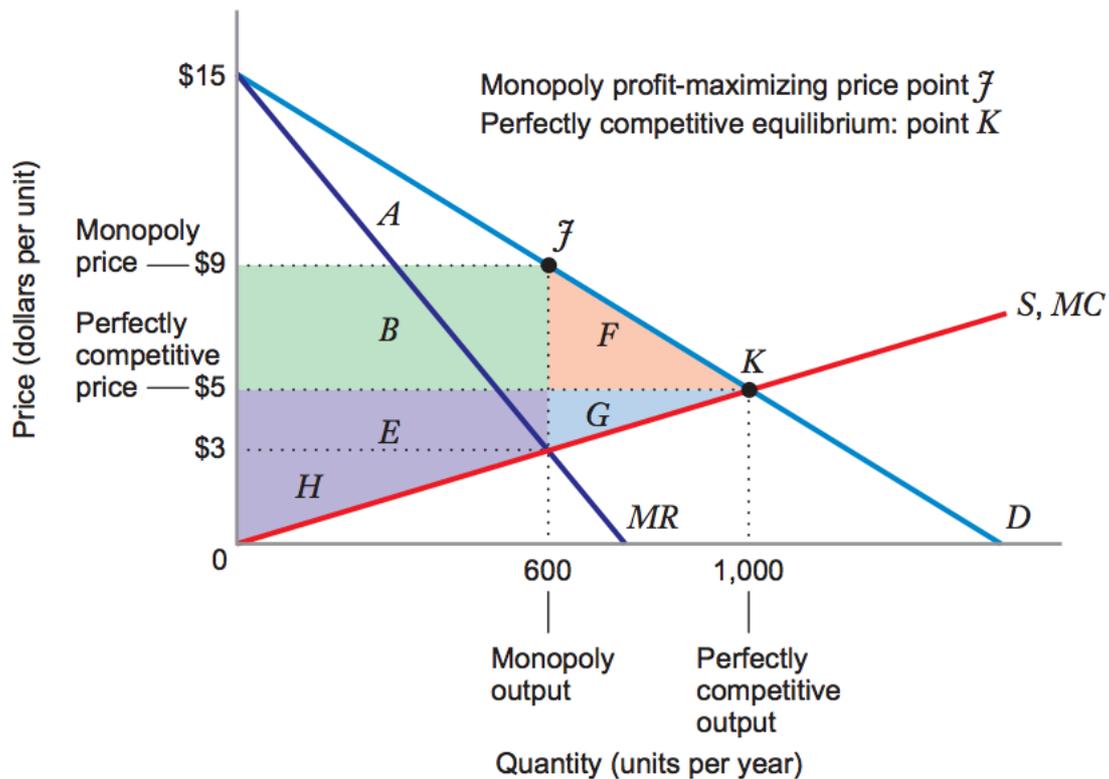
mercato; questo accade, tecnicamente, ogni volta che il prezzo di produzione è inferiore al prezzo di mercato. In questa ottica, il numero delle imprese si riduce necessariamente, ma questa riduzione non implica una riduzione consequenziale del livello di concorrenza, come invece si dovrebbe concludere dal modello di concorrenza perfetta classico e sopra delineato.

## 2. L'efficienza della concorrenza

L'assunzione alla base di questa particolare attenzione alla concorrenza e alla struttura di mercato che ne deriva consiste nel ritenere che essa sia in grado di garantire una distribuzione delle limitate risorse disponibili tra gli usi più efficienti.

L'efficienza della concorrenza perfetta è evidente quando paragonata alla configurazione di mercato che le è diametralmente opposta, cioè il monopolio. La rappresentazione grafica può aiutare a visualizzare quanto detto.





	Perfect Competition	Monopoly	Impact of Monopoly
Consumer surplus	$A + B + F$	$A$	$-B - F$
Producer surplus	$E + G + H$	$B + E + H$	$B - G$
Net economic benefit	$A + B + E + F + G + H$	$A + B + E + H$	$-F - G$

(Ibidem)

La concorrenza perfetta consente di raggiungere un equilibrio nel quale il prezzo del prodotto pagato dal consumatore è uguale al costo marginale<sup>8</sup> sostenuto dal produttore. Ciò garantisce una ripartizione equa dei surplus<sup>9</sup>, consentendo di pervenire a una misura del benessere sociale<sup>10</sup> che è massima rispetto alle condizioni del sistema. Nel monopolio, invece, il potere di mercato<sup>11</sup> che il monopolista

<sup>8</sup> Per costo marginale s'intende la variazione dei costi totali a fronte di un aumento unitario dell'output. Matematicamente, è dato dalla derivata prima dei costi totali rispetto all'output.

<sup>9</sup> Del consumatore, e cioè quanto in più il consumatore è disposto a pagare per consumare una certa quantità di un dato prodotto (vedi sul tema, J. Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, The MIT Press, 1988); del produttore, cioè il sovraprofitto da lui guadagnato.

<sup>10</sup> Inteso come sommatoria tra surplus del consumatore e surplus del produttore.

<sup>11</sup> Per potere di mercato s'intende la capacità d'un'impresa di definire il prezzo. Nella concorrenza perfetta, tutte le imprese sono *price takers*, cioè hanno potere d'influenzare il prezzo pari a zero. Nel monopolio, e in inferiore misura

naturalmente ha (in misura più o meno intensa, a seconda dell'elasticità della domanda) gli consente di fissare un prezzo più elevato, così da guadagnare profitti a danno del consumatore. Ciò provoca, nel contempo, una perdita secca di benessere (*deadweight loss*), dovuta al fatto che il monopolista rinuncia a servire una porzione di domanda, cioè quella che egli perde per aver fissato un prezzo più alto rispetto al livello concorrenziale.

La conclusione che se ne può trarre è che se il potere di mercato ha un impatto negativo sul benessere sociale, e primariamente su quello dei consumatori, perché permette alle imprese di fissare prezzi più alti del costo marginale, allora la concorrenza perfetta è ottimamente efficiente in quanto riduce questo potere a zero.

A queste riflessioni di carattere allocativo se ne posso aggiungere altre legate alla produttività del sistema. Per quanto anche il monopolista dovrebbe avere come obiettivo la riduzione dei costi, in realtà l'assenza di spirito competitivo che caratterizza un'industria dominata da un solo soggetto finisce per eliminare la altrimenti pressante necessità di rendere efficiente il processo produttivo; a lungo andare, i costi di produzione del monopolio aumentano. I costi maggiorati si riversano poi, inevitabilmente, sul prezzo e sul consumatore. Mantenendo la pressione competitiva al massimo grado possibile, la concorrenza perfetta spinge le imprese a un costante miglioramento del processo produttivo, e quindi a ricercare, in uno sforzo si potrebbe dire erculeo, l'assoluta minimizzazione dei costi.

### **3. Tutela della concorrenza: Scuola di Harvard e Scuola di Chicago.**

La conclusione di quanto esposto sta nel fatto che la concorrenza, in quanto in grado di tutelare il consumatore e di garantirgli la massima utilità, è meritevole di tutela. L'approccio alla tutela della concorrenza è stato, nel corso degli anni, molto diverso. Le scuole di pensiero più diffuse sono due e prendono il nome dalle università di appartenenza degli studiosi che sono stati i loro capostipite: la scuola di Harvard, che ha in Edward Mason e Joe Bain i suoi maggiori esponenti, e la scuola di Chicago, iniziata da Aaron Director e meglio rappresentata dal lavoro di George Stigler.

Per la scuola di Harvard, il mercato è naturalmente imperfetto e l'analisi del suo funzionamento si basa proprio sullo studio delle *market failures*, cioè di quelle caratteristiche dello stesso che naturalmente si discostano dal modello ideale di concorrenza perfetta. E' l'esistenza delle *market failures* a richiedere l'intervento più o meno pesante di un regolatore esterno (lo Stato, o una sua

---

negli oligopoli, l'impresa è, al contrario, *price maker*, cioè definisce, in funzione della domanda di mercato che ha di fronte, il prezzo del proprio prodotto. Una misura del potere di mercato è data dall'indice di Lerner, dato dal rapporto tra il sovrapprezzo applicato dal produttore che detiene potere di mercato e il prezzo.

*branch* indipendente), che agisca al fine di spingere il mercato alla configurazione più vicina possibile a quella di concorrenza perfetta.

La posizione di Chicago è diametralmente opposta. Le imperfezioni di mercato non vengono viste come necessariamente negative; il potere di mercato non è di per sé contrario all'efficienza. Possono ben esistere dei casi in cui esso sia dovuto alla maggiore efficienza dell'impresa nella produzione, a causa di vantaggi assoluti di costo che è riuscita a ottenere con la pratica e l'esperienza o semplicemente per caso. Ogni limitazione della concorrenza può essere, quindi, giustificata in un'ottica di massimizzazione dell'efficienza. Allora l'intervento cieco dello Stato non farebbe altro che tutelare imprese, potenziali e non, inefficienti e con questo garantire il permanere di un sistema che non consente la massimizzazione dell'utilità del consumatore. Proprio Stigler osserva come i regolatori esterni al mercato, basandosi su informazioni spesso insufficienti o sbagliate, finiscano per avere degli effetti contrari all'intento iniziale, consentendo la sopravvivenza di soggetti inefficienti. La scuola di Chicago si oppone all'intervento dello Stato in qualsiasi ambito, tranne quando questo sia finalizzato al garantire il buon funzionamento della concorrenza (e cioè l'eliminazione dei cartelli<sup>12</sup> e delle altre forme di concentrazione che ostacolano la concorrenzialità del mercato).

### ***Conclusioni***

La definizione di una politica antitrust nasce da considerazioni di tipo harvardiano, per quanto poi l'applicazione della stessa sia stata influenzata, a fasi, da entrambe le filosofie e abbia, quindi, portato a conclusioni tra di loro molto diverse<sup>13</sup>.

Tuttavia, una politica antitrust è indispensabile per l'organizzazione di un economia di mercato, per correggere quei suoi limiti che la portano a deragliare naturalmente dal percorso verso il modello di concorrenza perfetta.

---

<sup>12</sup> Un cartello è un accordo tra imprese per la spartizione dell'influenza sul mercato.

<sup>13</sup> A titolo esemplificativo, dell'una e dell'altra dottrina sono interessanti il caso scuola di ALCOA (US v. Aluminium Company of America) e la sentenza Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc. 433 U.S. 36 (1977).

## CAPITOLO II

### Anti Monopoly Law

#### *Premessa*

L'*Anti-Monopoly Law* (in seguito, AML) è stata varata il 30 Agosto 2007 (entrerà in vigore, però, solo il 1 Agosto 2008) dopo un ventennio di accesi dibattiti, durante il quale furono emanati comunque provvedimenti in materia, molti dei quali rimangono ancora oggi in vigore creando non irrilevanti problemi di chiarezza e certezza del sistema legislativo.<sup>14</sup>

Il processo ebbe inizio negli ultimi anni '70, con la decisione di aprire la Repubblica Popolare Cinese al mercato internazionale attraverso incentivi alla costituzione di imprese private e *joint ventures*<sup>15</sup> con investitori stranieri. Questa apertura ebbe effetti positivi, provocando un miglioramento mai visto prima in Cina delle condizioni di vita della maggior parte della popolazione; tuttavia, fu anche all'origine di un mercato concorrenziale senza regole, che necessitava di una regolamentazione che promuovesse un funzionamento efficiente; e, quindi, di una struttura legislativa solida e certa. L'assetto normativo che derivò da questi interventi è il risultato non solo di lavori interni, ma anche di una fruttuosa collaborazione internazionale, soprattutto con l'Europa.

Il presente capitolo descriverà brevemente questa struttura legislativa, cercando di dare brevi cenni sulle tappe più significative del percorso che ha portato alla definizione dell'AML, per poi passare a un'analisi della normativa capitolo per capitolo, concentrandosi sui profili che si sono ritenuti più rilevanti da un punto di vista economico. Le ultime due sezioni sono dedicate alle autorità che si occupano dell'*enforcement* l'una, e a un paragone tra la disciplina adottata dall'UE in materia l'altra<sup>16</sup>.

#### 2.1 Pre-AML

1980: *Interim Provision for the Promotion and Protection of Competition in the Socialist Economy*. Il primo passo nella definizione di una politica antitrust in Cina venne compiuto nel 1980 con la *Interim Provision for the Promotion and Protection of Competition in the Socialist Economy*. La

---

<sup>14</sup> vedi Bush (2007) e Bush & Bo (2011).

<sup>15</sup> R. Pitofsky, *A Framework for Analysis of Joint Ventures*, 74 Geo. L.J. 1605, 1605, (1986). "A joint venture could involve any business enterprise in which two or more persons collaborate to achieve some commercial goal – a definition that includes all of antitrust, except perhaps, some single firm attempts to monopolize."

<sup>16</sup> Nel 2017 l'NDRC ha iniziato a lavorare su una *draft of revision* dell'AML, la quale è stata completata nel 2018.

Tuttavia, non essendo stata ancora pubblicata, non è chiaro se i lavori proseguiranno o meno. Da:

[http://www.chinadaily.com.cn/china/2017-09/15/content\\_32017683.htm](http://www.chinadaily.com.cn/china/2017-09/15/content_32017683.htm)  
& <https://www.gibsondunn.com/antitrust-in-china-2018-year-in-review/>.

disposizione non fu attuata efficacemente ed è facile *ex post* individuarne le ragioni. La legge aveva l'obiettivo di eliminare gli impedimenti allo sviluppo del mercato promossi da dipartimenti regionali, affinché questi non avessero il potere di impedire il commercio di prodotti provenienti da altre regioni. Tuttavia, dando prova di scarsa lungimiranza, il legislatore lasciò l'onere dell'applicazione della legge allo stesso soggetto disciplinato (le regioni), decurtando la disciplina di buona parte della sua efficacia.

Sul tema, meglio sviluppato nella stessa AML con l'espressione "monopoli amministrativi", venne emanata nel 1990 una circolare, intitolata *Circular on the Prevention of Regional Market Blockades*.

1993: *Anti Unfair Competition Law (AUCL)*<sup>17</sup>.

L'AUCL si preoccupa principalmente della tutela del cliente, com'è d'uso nella disciplina della concorrenza che lo individua alla stregua di un anello debole nella dialettica produttore/consumatore. A tal fine, la legge proibisce una serie di comportamenti abusivi, quali: pratiche commerciali ingiuste, tra cui contraffazione, corruzione, pubblicità ingannevole, violazione del segreto industriale, vendite con prezzo fissato (*price attached sales*) e diffamazione. Sono anche inclusi nell'ambito di applicazione della legge comportamenti ritenuti anticoncorrenziali: *designated transactions by public utilities*, monopoli amministrativi, vendite con prezzo inferiore al costo, vendite legate e *bid rigging*<sup>18</sup>. Da notare che in molte di queste fattispecie l'*enforcement* della normativa prescinde dall'esistenza di una posizione dominante, come avviene, invece, nelle legislazioni europee, dove la sanzionabilità di comportamenti del tipo di quelli indicati dalla disciplina cinese è correlata con la posizione nel mercato, di cui l'*incumbent* non deve abusare.

Un caso esemplificativo è dato dalle vendite a prezzi inferiori al costo<sup>19</sup>, da intendersi come costo di produzione (cioè costi variabili, sostituibili con i costi medi se i primi si rivelano difficilmente calcolabili). In questo caso, si parla di fattispecie rilevante quando esiste una volontà, attraverso l'applicazione di prezzi predatori, di eliminare i concorrenti e, quindi, ledere la competizione, al fine di creare un monopolio; in assenza di questa intenzione, non c'è violazione della legge e non vi può essere sanzione. L'attuazione della legge è affidata allo *State Administration for Industry and Commerce (SAIC)* e alle sue sedi locali.

Oggi l'AUCL è disciplina concorrente non solo con l'AML, ma anche con la *Trademark Law* e la *Advertising Law*, nonché, in più ambiti, con la *Price Law*, di cui si dirà a breve. La sovrapposizione di più discipline rende il sistema difficilmente comprensibile da parte degli interessati, essendo

---

<sup>17</sup> L'AUCL è stata modificata con un emendamento del 2017, in vigore dal 2018.

<sup>18</sup> Cioè casi in cui concorrenti di un'asta si rifiutano di proporre un'offerta di prezzo.

<sup>19</sup> *Provisions on the Prohibition of Below Cost Sales* (1999).

previste sanzioni di gravità molto varia che dipendono, in ultima istanza, esclusivamente dalla volontà del giudice.

1997: *Price Law*.

Rispetto all'AUCL, la Price Law ha come obiettivo porre in risalto il ruolo che hanno le politiche di prezzo nel garantire un'allocazione efficiente delle risorse. Vengono introdotti controlli sulle politiche di prezzo adottate dalle imprese nei mercati di beni e servizi chiave, così da impedire lo sfruttamento di politiche anti concorrenziali, come la collusione, al fine di controllare i prezzi, i prezzi predatori e quelli discriminatori<sup>20</sup>.

La legge è “varata con l'intento di stabilizzare i prezzi, dare rilievo al ruolo del prezzo nella razionale allocazione delle risorse, stabilizzare il generale livello dei prezzi, proteggere i diritti e gli interessi dei consumatori e degli operatori e promuovere il giusto sviluppo dell'economia socialista di mercato”<sup>21</sup>.

Nel 2003, l'autorità responsabile dell'applicazione della disciplina (*National Development and Reform Commission*, NDRC) ha varato l'*Interim Provisions on Preventing Price Monopoly*, che aiuta a inserire la Price Law in una struttura legislativa più ampia, comprensiva anche della futura AML e delle leggi prima e dopo emanate dal legislatore. In particolare, l'emendamento lega il controllo sui prezzi al concetto di posizione dominante, sostenendo che “un'impresa non può sfruttare la sua posizione di predominio sul mercato per adottare comportamenti discriminatori, predatori o di sfruttamento [della posizione stessa].”

Dalle tabelle consultabili all'appendice del terzo capitolo si desume che la legge è ancora oggi molto utilizzata; per una più precisa analisi dell'applicazione del sistema normativo in questione si rimanda, dunque, al terzo capitolo.

Delle leggi emanate in seguito, è importante ricordare le *Administrative Measures for Fair Transactions between Retailers and Suppliers* del 2006, sulle frequenti problematiche nei rapporti di distribuzione, le pratiche leganti e gli accordi di esclusiva; e le *Interim Provisions on Merger and Acquisition of Domestic Enterprises by Foreign Investors* del 2003, sulle acquisizioni da parte di imprese straniere, la cui applicazione viene demandata al Ministero del Commercio (MOFCOM), così delineando un *corpus* regolatorio piuttosto variegato.

---

<sup>20</sup> Cfr., art. 14 Price Law. Testo disponibile su:

<http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/Businessregulations/201303/20130300046121.shtml>.

<sup>21</sup> Cfr., art. 1 Price Law. Testo disponibile su:

<http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/Businessregulations/201303/20130300046121.shtml>.

## 2.2 L'Anti-Monopoly Law

L'AML si accoda, senza eccessive difficoltà, alle discipline antitrust adottate dai Paesi dell'OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) nel suo trattare le classiche fattispecie degli accordi anticoncorrenziali, dell'abuso di posizione dominante e delle fusioni anti competitive. La legge è applicata a tutte le industrie, ma prevede alcune eccezioni, circostanza anch'essa comune con le leggi antitrust dell'OCSE. Ciò detto, non va comunque dimenticato che la disciplina ha un *flavour* unico, dato dall'applicazione a un mercato senza dubbio diverso e peculiare<sup>22</sup>; il tema dell'unicità della legge sarà meglio trattato nel paragrafo finale di questo capitolo. In questa sede, è importante sottolineare che l'AML è caratterizzata da una formulazione risultata generica, che ha richiesto nel corso degli anni l'emanazione di disposizioni attuative di vario genere; queste rendono il panorama legislativo in materia piuttosto variegato e alle volte di confusa analisi. La trattazione che segue si limita a quanto riportato nell'AML del 2008, facendo riferimento, quando possibile, alle disposizioni attuative che meglio consentono di comprendere il dettato normativo.

Prima di analizzare la legge nel dettaglio, è utile specificare i settori che non sono oggetto della disciplina. L'articolo 56 esclude il settore agricolo, intendendo con questo la produzione, la lavorazione, la distribuzione e la conservazione di prodotti agricoli da parte di produttori agricoli e imprese rurali. L'esclusione del settore agricolo dall'applicazione della normativa antitrust è una pratica frequente, che finisce per incentivare la formazione di accordi cooperativi tra produttori di piccole dimensioni<sup>23</sup>.

Allo stesso modo, l'articolo 55 esclude, seppur in parte, l'utilizzo di diritti di proprietà intellettuale (IPR), cioè le strategie di sfruttamento dei propri IPR che siano conformi alle leggi vigenti in tema di diritti d'autore. Infatti, l'uso abusivo dei diritti che provochi un danno o l'eliminazione della concorrenza sul mercato non ricade nella previsione dell'articolo in questione e, quindi, rientra nell'ambito di applicazione dell'AML<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> vedi paragrafo 4.

<sup>23</sup> vedi *OECD Reviews of Regulatory Reforms: China*, 2009.

<sup>24</sup> sul tema, vedi Y. Zhou, *China's Anti-Monopoly Law: Insights from U.S. and EU Precedents on Abuse of Dominance and IP Exemption Provisions*, 32 *Hastings Int'l & Comp.L. Rev.* 711, 2009.

Available at: [https://repository.uchastings.edu/hastings\\_international\\_comparative\\_law\\_review/vol32/iss2/11](https://repository.uchastings.edu/hastings_international_comparative_law_review/vol32/iss2/11).

La seguente tabella offre una sintesi della struttura dell'AML<sup>25</sup>:

	<b>Argomenti principali per Capitolo</b>	<b>Articoli</b>
Capitolo 1	Principi generali dell'AML: obiettivi, applicabilità, copertura, ruolo delle SOE in industrie chiave, ruolo delle associazioni di categoria	1 – 12
Capitolo 2	Classificazione delle tipologie di accordi monopolistici vietate	13 – 16
Capitolo 3	Divieto di abuso di posizione dominante; criteri di valutazione della posizione dominante e descrizione delle condotte abusive	17 – 19
Capitolo 4	Concentrazioni: fusion e acquisizioni, <i>joint ventures</i>	20 – 31
Capitolo 5	Divieto di abuso di potere amministrativo delle pubbliche amministrazioni, in particolare nella forma del protezionismo a livello locale	32 – 37
Capitolo 6	Procedure investigative	38 – 45
Capitolo 7	Responsabilità e pene	46 – 54
Capitolo 8	Disposizioni supplementarie: diritto d'autore, settore agricolo	55– 57

### **2.2.1 Chapter 1: Disposizioni Generali**

L'AML ha come obiettivo quello di prevenire e reprimere le condotte monopolistiche dannose alla *fair competition*, al fine di intensificare l'efficienza, salvaguardare il generale interesse pubblico e quello dei consumatori e promuovere lo sviluppo dell'economia socialista di mercato<sup>26</sup>.

Quanto detto va letto insieme all'articolo 4, in cui si sottolinea il ruolo cruciale dello Stato nella definizione di regole anti competitive al fine di creare un mercato unico, aperto e competitivo, ordinato e soprattutto coerente con un sistema che preveda un certo livello di pianificazione economica. La decisione di configurarsi come un'economia socialista di mercato implica, infatti, l'adozione di un modello economico misto, in cui l'economia di mercato è affiancata da un'ampia gamma di piani industriali con l'obiettivo di dirigere gli investimenti verso industrie strategicamente

<sup>25</sup> G. Li, *Revisiting China's Competition Law and Its Interaction with Intellectual Property Rights*, Nomos Verlagsgesellschaft mbH., 2018, p.30.

<sup>26</sup> Cfr., art. 1 AML.

rilevanti (Liu & Qiao, 2012). Per facilitare lo sviluppo di questi settori è frequente, come accade in altri Paesi in via di sviluppo, che lo Stato sia meno attento alla tutela della concorrenza<sup>27</sup>. Ciò detto, in Cina i campioni nazionali di proprietà dello Stato (SOEs, *state-owned enterprises*)<sup>28</sup>, nonché -a differenza di quanto accade in altri Paesi OCSE- anche la pubblica amministrazione<sup>29</sup>, sono comunque soggetti alla disciplina antitrust; le diverse clausole aperte che spesso si trovano nel disposto dell'AML si devono intendere come strumenti per lasciare al giudice la discrezionalità di, quando necessario, coordinare la tutela della concorrenza con la necessità di facilitare lo sviluppo di queste imprese<sup>30</sup>. Viene quindi adottato un approccio di *rule of reason*, con il quale si riconosce ampia flessibilità di applicazione della normativa; tuttavia, ciò richiede che il giudice sappia destreggiarsi abilmente tra i meandri della teoria economica; si correrebbe il rischio altrimenti di creare confusione e pervenire a un uso improprio della disciplina (Liu & Qiao, 2012).

E' la prospettiva appena descritta che spiega l'art. 5 dell'AML, il quale consente esplicitamente le concentrazioni tra soggetti sul mercato, posto che queste siano istituite nel rispetto della legge e del corretto operare del mercato e abbiano come fine l'espansione del raggio d'azione degli operatori stessi, migliorando la loro capacità di competere sul mercato.

L'articolo 2 definisce due presupposti di applicazione della legge, uno oggettivo e uno territoriale. Il presupposto oggettivo richiede il verificarsi di una condotta monopolistica che riguardi attività economiche; il presupposto territoriale impone che tale attività abbia luogo nel territorio della Repubblica Popolare Cinese. Tuttavia, è anche previsto un principio di extraterritorialità, per il quale anche le condotte poste in essere fuori dal territorio della Cina sono oggetto di valutazione a livello di normativa anticoncorrenziale, se recano danno alla competizione nel mercato domestico.

Infine, gli articoli 3 e 12 offrono, rispettivamente, una struttura della legge, come individuata più precisamente dalla tabella riportata, e una definizione di termini di uso frequente nel dettato legislativo ("*undertaking(s)*", cioè persone fisiche e giuridiche o altre organizzazione sia specializzata nella produzione e/o scambio di beni e/o servizi; e "*relevant market*", che indica l'area geografica

---

<sup>27</sup> E' doveroso in questo contesto un riferimento alla teoria dell'industria nascente, che si deve ad Alexander Hamilton, il quale nel suo *Rapporto sulle manifatture* presentato al Congresso del 1791 sottolinea la necessità nelle nazioni più povere di un governo che protegga le industrie dai concorrenti stranieri fino a che non fossero sufficientemente sviluppate (da H. Chang, *Economia. Istruzioni per l'uso.*, IlSaggiatore, 2015).

<sup>28</sup> Sono diffusi nei settori indicati dall'ufficio Nazionale di Statistica cinese: produzione e distribuzione di energia, petrolchimica e gas naturali, telecomunicazioni e armamenti, carbone, industria aerea e navale, macchinari, automobili, IT, costruzioni, ferro e metallo e materiali non preziosi. Da notare che la presenza dello Stato può essere rilevante anche nel settore bancario, delle assicurazioni, della finanza in generale, dei media, del tabacco e delle ferrovie. Si tratta, in generale, di settori considerati di particolare rilievo per lo sviluppo economico e la difesa del Paese, e per questo motivo vengono tutelati dallo Stato per consentire loro di operare, purché l'attività da questi posta in essere sia legale.

<sup>29</sup> Cfr., art. 8 AML.

<sup>30</sup> Cfr., art. 7 AML.

nella quale le imprese competono tra di loro durante un arco temporale definito per il mercato di determinati beni e/o servizi<sup>31</sup>).

### 2.2.2 Chapter 2: Accordi Monopolistici

Il secondo capitolo dell'AML è dedicato agli "accordi monopolistici", espressione con la quale s'intende "accordi, decisioni o azioni concrete volte a eliminare o ridurre la concorrenza"<sup>32</sup>. Da notare che la disciplina richiama, nonostante alcune dovute differenze, molto chiaramente il modello europeo<sup>33</sup>. Il primo articolo del capitolo, l'art. 13, offre una lista non esaustiva (come si evince dall'ultimo punto dell'elenco, nel quale si fa riferimento ad altri accordi monopolistici individuati dall'autorità responsabile<sup>34</sup>) di accordi orizzontali considerati anticoncorrenziali: fissazione o modificazioni del prezzo, limitazione della produzione e delle vendite, ripartizione del mercato (sia delle materie prime che dei prodotti finiti), limitazione ai trasferimenti tecnologici e all'innovazione di prodotto o processo, boicottaggio collettivo.

Non è chiaro dal disposto legislativo se questi accordi rappresentino delle violazioni *per se*, o se l'abuso si configuri solo date particolari circostanze da valutare caso per caso e discrezionalmente da parte del giudice e in base all'analisi condotta dall'autorità competente.

L'articolo 14, invece, vieta gli accordi verticali, e in particolare ma non esclusivamente (la stessa espressione di apertura citata nel caso dell'articolo 13 è presente anche in questa sede<sup>35</sup>): fissazione o limitazioni alla definizione del prezzo di rivendita.

Non mancano comunque le eccezioni. L'art. 15 presenta un elenco di accordi che non sono da ritenersi lesivi della concorrenza. Se le imprese accusate di essersi illegalmente accordate riescono a dimostrare che l'accordo comporti dei vantaggi<sup>36</sup> maggiori dei costi dallo stesso prodotti in termini di restrizione o eliminazione della concorrenza sul mercato, allora l'accordo tra queste può essere approvato se abbia come scopo la ricerca e sviluppo di nuovi prodotti e/o processi; il miglioramento della qualità dei prodotti, dell'efficienza, o la creazione di standard comuni; la promozione dello

---

<sup>31</sup> Vedi capitolo 3 paragrafo 1. La definizione, per quanto simile a quella data dall'UE, è differente in quanto include una dimensione temporale del mercato rilevante che manca nella formulazione europea.

<sup>32</sup> Cfr., art. 14 AML.

<sup>33</sup> Cfr., art. 101, TFUE. vedi paragrafo 4.

<sup>34</sup> Cfr., art. 13, punto vi.

<sup>35</sup> In queste due clausole si esprime una differenza rispetto al modello europeo di riferimento, dove invece gli elenchi sono chiusi e tassativi.

<sup>36</sup> In termini di possibilità dei consumatori di avocare a sé gli extra profitti dovuti alla pratica anticoncorrenziale, e la incapacità della pratica di modificare sostanzialmente lo status quo ante osservabile sul mercato rilevante.

sviluppo da parte di piccole e medie imprese; la ripresa in seguito a un periodo di depressione economica; il perseguimento di un interesse pubblico. Sono inoltre previste due tipologie di accordi (per la cooperazione internazionale e per altre cause fissate dalla legge e dal Consiglio di Stato) per le quali la convenienza dell'accordo è presunta *ex lege*.

La presenza di eccezioni non è casuale, essendo prevista in simili termini anche dal modello europeo<sup>37</sup>. Tuttavia, in Europa è richiesto che le condizioni di eccezioni si presentino cumulativamente, mentre in Cina è sufficiente che si presenti anche solo una delle circostanze elencate dall'art. 15 per rendere lecito l'accordo anticompetitivo.

### **2.2.3 Chapter 3: Abuso di Posizione Dominante**

Il terzo capitolo è dedicato all'abuso di posizione dominante, una delle fattispecie *core* delle leggi antitrust.

Già nel primo capitolo della legge, l'abuso di posizione dominante viene categoricamente proibito<sup>38</sup>; in questo viene prevista una più accurata definizione della fattispecie e sono indicati concretamente i comportamenti assunti dalle imprese considerati abusivi e, quindi, condannati senza possibilità di presentare giustificazioni, a differenza di quanto stabilito in tema di accordi monopolistici.

Posizione dominante<sup>39</sup> è quella condizione nella quale si trova l'impresa che riesca a controllare il prezzo, la quantità o altre condizioni di scambio dei prodotti sul mercato rilevante, o a disincentivare o influenzare le altre imprese a entrare nel mercato rilevante<sup>40</sup>; le norme stabiliscono una serie di fattori<sup>41</sup> e presunzioni<sup>42</sup> attraverso i quali la posizione dominante si fa manifesta.

Ciò non costituisce una novità rispetto alla tradizionale pratica antitrust. Pur non essendo l'elenco esaustivo (l'autorità competente può individuarne degli altri), i fattori principali sono la quota di mercato, la presenza o l'assenza di barriere all'entrata, il potere contrattuale dell'impresa, il potere di controllare le vendite e la sua condizione finanziaria.

Le presunzioni sono, invece, tre e confutabili, sicché è concesso all'impresa, accusato di abuso di posizione dominante, di poter dimostrare l'assenza di tale posizione: la quota di mercato di una delle imprese nel mercato rilevante è pari o superiore al 50%; la quota di mercato aggregata di due imprese

---

<sup>37</sup> Cfr., art. 101, comma terzo, TFUE.

<sup>38</sup> “Alle imprese con una posizione dominante è posto divieto di abusare della propria posizione per eliminare o restringere la competizione”; cfr., art. 6 AML.

<sup>39</sup> Cfr., art. 17 AML.

<sup>40</sup> Il possesso di una posizione rilevante non è di per sé abusivo; vedi capitolo 1, paragrafo xx.

<sup>41</sup> Cfr., art. 18 AML.

<sup>42</sup> Cfr., art. 19 AML.

è pari o superiore al 66%; la quota di mercato aggregata di tre imprese è pari o superiore al 75%<sup>43</sup>. Non si deve però cadere nella tentazione di ritenere queste presunzioni come assolutamente valide. Markham Delrahim<sup>44</sup>, del Dipartimento di Giustizia americano, osserva nel paragonare l'esperienza cinese e quella americana che anche se una impresa avesse una quota di mercato superiore al 70%, comunque la presunzione non sarebbe facilmente sostenibile; ogni situazione di mercato dev'essere attentamente analizzata. Questo risulta particolarmente vero nei settori più dinamici, come a esempio l'IT, dove anche la Commissione Europea sottolinea che la quota di mercato può servire, *at best*, come un indicatore solo preliminare della dinamica competitiva<sup>45</sup>.

Ciò premesso, i comportamenti che si profilano come abuso di posizione dominante sono l'applicazione di prezzi iniqui<sup>46</sup> di vendita o acquisto, l'adozione di prezzi predatori, il rifiuto a contrarre senza legittima causa, la creazione di rapporti di esclusiva, la vendita di prodotti tra loro legati o di condizioni di scambio irragionevoli, l'imposizione di condizioni di transazione irragionevoli e altre pratiche discriminatorie. Nei casi in cui alcuno abbia interesse a denunciare un abuso, sarà sua responsabilità definire il mercato rilevante e dimostrare la posizione dominante detenuta e abusata dall'impresa in quel mercato<sup>47</sup>.

#### **2.2.4 Chapter 4: Concentrazioni**

Per concentrazione s'intende la fusione di imprese o l'acquisizione, attraverso l'acquisto di azioni o quote di partecipazione o per contratto, del controllo di o del potere di esercitare un'influenza decisiva su un'altra impresa<sup>48</sup>. Sono incluse anche le *joint ventures*, a eccezione di quelle formate per specifici scopi, come la promozione delle vendite o della produzione. Cosa s'intenda per controllo è spiegato nella *Draft Provisional Rules on the Notification of Concentration of Undertakings* (2009): un soggetto è controllante di un altro quando possiede più del 50% delle sue azioni o quote di partecipazione, oppure quando ha la facoltà di nominare uno o più membri del consiglio di amministrazione e di esercitare un'influenza determinante sulle decisioni strategicamente più rilevanti. Non si configurano come forme di controllo, quindi, l'acquisizione di

---

<sup>43</sup> Tuttavia, nel secondo e nel terzo caso, se la quota di mercato individuale delle imprese è inferiore al 10% non si configura posizione dominante.

<sup>44</sup> China Antitrust Law Seminar, 2005, Pechino.

<sup>45</sup> *Commission Decision C(2011) 7279 declaring the concentration between undertakings involving the acquisition of Skype by Microsoft to be compatible with the internal market and the Agreement on the European Economic Area (EEA) (Case COMP/M.6281 – Microsoft/Skype)*.

<sup>46</sup> L'art. 12 della *Regulation on Anti-Price Monopoly* (2010) offre una lista di cause che giustificano l'applicazione di prezzi iniqui (sotto il livello dei costi), come le vendite di prodotti freschi di prossima scadenza, la liquidazione di asset d'impresa a causa di fallimento o riorganizzazione, la vendita promozionale di nuovi prodotti.

<sup>47</sup> Cfr., art. 8 *Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Application of Law in the Trial of Civil cases Arising from Monopolistic Conducts*.

<sup>48</sup> Cfr., art. 20 AML.

diritti minori, come il potere di veto su decisioni di modifica dell'atto costitutivo (come la variazione del capitale sociale, o la liquidazione della società)<sup>49</sup>. Manca, comunque, nella disposizione una definizione di "influenza decisiva".

Il 29 Settembre 2018 sono state emanate delle nuove *Guidelines*<sup>50</sup> sul controllo delle fusioni, che hanno abrogato quanto emanato precedentemente. Con la vigente disciplina, i fattori presi in considerazione nel determinare se effettivamente si sia creata una situazione di controllo riguardano l'obiettivo dell'operazione e la sua futura esecuzione, la struttura finanziaria dell'acquisita pre- e post-operazione, il meccanismo di voto e la composizione del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, l'esistenza di accordi di collaborazione tra i soggetti partecipanti e altre caratteristiche strutturali delle imprese coinvolte<sup>51</sup>. Ogni transazione, quindi, deve essere valutata singolarmente.

Secondo quanto stabilito dall'articolo 28, le concentrazioni sono proibite in tutti i casi nei quali non consentano un miglioramento dello *status quo ante* in termini di competitività del settore o quando queste vengano costituite con l'intento di perseguire un interesse pubblico. Va notato che tutte le decisioni di acquisizione e/o fusione devono, ai sensi dell'articolo 21, essere notificate all'autorità competente, la quale dovrà analizzare la richiesta e provvedere ad autorizzarla *in toto*, autorizzarla con restrizioni<sup>52</sup> o rifiutarla. I fattori da prendere in considerazione in questa analisi sono la quota nel mercato rilevante dei soggetti coinvolti nell'operazione e la loro abilità d'influenzare il mercato stesso; il grado di concentrazione del mercato rilevante; l'effetto dell'operazione sulle barriere all'ingresso o sullo sviluppo economico, sui consumatori e sugli altri operatori; e altri fattori eventualmente individuati dall'autorità competente<sup>53</sup>. Nel terzo capitolo verrà analizzato un caso di acquisizione, che l'autorità competente ha deciso di impedire utilizzando questi e altri criteri di valutazione dell'effetto dell'operazione sul livello di concentrazione del mercato.

Rispetto alla quota di mercato, le *Regulations on Notification Threshold for Concentrations between Undertakings* (2008) stabiliscono, in realtà, che un'operazione debba essere obbligatoriamente notificata solo quando, nell'esercizio precedente, il fatturato globale aggregato di tutti i soggetti coinvolti abbia superato USD1,5 miliardi, e se almeno una delle parti abbia avuto un fatturato individuale in Cina di più di USD58,6 milioni; oppure se nell'esercizio precedente il fatturato complessivo dei partecipanti in Cina abbia superato i USD293 milioni, e il fatturato individuale di

---

<sup>49</sup> Quanto detto non è stato incluso nella versione definitiva delle *Rules on the Notification of Concentration of Undertakings*, con la volontà forse di lasciare discrezionalità al giudice. D'aiuto risulta, allora, la lettura dell'art. 217 della *Company Law* cinese, che offre una definizione di controllo simile a quanto descritto sopra.

<sup>50</sup> *Guiding Opinions of the Notification of Concentration of Undertakings* (2018).

<sup>51</sup> Da: <https://iclg.com/practice-areas/merger-control-laws-and-regulations/china>.

<sup>52</sup> Cfr., art. 29 AML.

<sup>53</sup> Cfr., art. 27 AML.

almeno uno di questi sia essere superiore a USD58,6 milioni. L'autorità è autorizzata a investigare ogni qualvolta lo ritenga necessario, anche se questi standard non sono raggiunti<sup>54</sup>.

I restanti articoli delineano il procedimento necessario per ottenere l'autorizzazione. Le imprese devono presentare una domanda, nella quale vanno indicati la denominazione sociale, la sede principale, l'oggetto sociale e la data prevista per la concentrazione. Sono, inoltre, richiesti una serie di allegati obbligatori, pena l'invalidità della domanda. Da notare che è, comunque, possibile presentare domande incomplete, posto che l'istante presenti i documenti mancanti entro il limitato periodo di tempo stabilito dall'autorità<sup>55</sup>. La documentazione richiesta riguarda una relazione sugli effetti della concentrazione sulla competizione nel mercato rilevante, gli accordi tra le parti coinvolte, gli stati patrimoniali e finanziari dell'esercizio precedente redatti da una società di revisione legale; in ogni caso, l'autorità può richiedere altri documenti.

Dalla data di presentazione della domanda completa, l'autorità ha 30 giorni per decidere se procedere, e dare comunicazione dell'eventuale decisione alle parti coinvolte. Se decide di procedere, ha 90 giorni (prorogabili di altri 60 giorni nei casi esplicitamente previsti dall'art. 26) per concludere la sua istruttoria. Qualora l'autorità abbia espressamente deciso di non procedere, e in caso di mancata comunicazione, si deve ritenere che questa abbia implicitamente accettato l'istanza delle parti<sup>56</sup>. Qualora una delle parti o un soggetto esterno abbia il potere di esercitare più della metà dei diritti di veto nell'assemblea di tutti gli altri partecipanti, l'art. 22 consente di non presentare domanda. In tutti gli altri casi, le concentrazioni attuate in violazione della procedura indicata dall'AML sono a tutti gli effetti illegittime.

Il capitolo si conclude con l'art. 31, che in tema di acquisizioni di imprese domestiche da parte di imprese straniere impone che il procedimento di revisione sia gravato da ulteriori analisi per garantire la sicurezza nazionale. Una simile previsione era già contenuta nella citata *Interim Provisions on Merger and Acquisition of Domestic Enterprises by Foreign Investors*<sup>57</sup>. A tal riguardo, il legislatore ha stabilito che un'acquisizione straniera di imprese cinesi in settori strategici o che posseggano brand cinesi di particolare rilievo o che siano cruciali per la sicurezza nazionale, deve essere notificata all'autorità competente. Nel 2011, a integrazione dell'AML, è stata emanata la *Circular on Establishing a Mechanism on Security Review of Mergers and Acquisition of Domestic Enterprises*

---

<sup>54</sup> Abrogati da nuove disposizioni emanate nell'Ottobre 2018.

<sup>55</sup> Cfr., art. 24 AML.

<sup>56</sup> Cfr., art. 25, 26 AML.

<sup>57</sup> Vedi paragrafo 1.

by *Foreign Investors* che definisce l'obiettivo, il contenuto, le procedure e i meccanismi di istruttoria da adottare per questa specifica fattispecie.

### 2.2.5 Chapter 5: Monopoli Amministrativi

Come già detto<sup>58</sup>, alla presente legge sono sottoposte anche le pubbliche amministrazioni; come nota Robert H. Bork<sup>59</sup>, è molto spesso l'abuso del potere amministrativo che ostacola nella maniera più efficace la concorrenza. Si rende, quindi, illecito qualsiasi abuso del potere di queste volto a eliminare o restringere la concorrenza ("monopolio amministrativo"<sup>60</sup>). Il capitolo si apre con l'articolo 32, vieta alle agenzie amministrative e alle pubbliche amministrazioni di usare il loro potere per costringere in qualsiasi modo persone fisiche e/o giuridiche a operare, acquistare o usare beni di imprese da loro indicate.

Le norme precisano i comportamenti illegittimi, che si possono generalmente riassumere nell'imposizione di barriere regionali allo scambio di beni e servizi, nonché agli investimenti e nell'obbligare le imprese ad assumere comportamenti anticoncorrenziali promulgando regole anti competitive. L'elenco offerto dall'AML è apparentemente tassativo; tuttavia, l'art. 8 si profila come una feconda base legislativa per sostenere il contrario, configurandosi come generico divieto di abuso del potere amministrativo.

Il presente capitolo è, probabilmente, il più problematico nell'AML, in quanto per certi aspetti lascia al soggetto disciplinato il compito di vigilare su se stesso. Le pubbliche amministrazioni e gli abusi del loro potere vengono vigilati da un'autorità anch'essa pubblica, alla quale per di più non viene dato alcun concreto potere sanzionatorio nei confronti delle illegalità che potrebbe dover valutare<sup>61</sup>. Le autorità competenti non sono, infatti, autorizzate a multare gli abusi, ma possono semplicemente notificare l'autorità governativa di livello superiore.

Va, inoltre, notato che già l'AUCL trattava di monopoli amministrativi; non essendo quest'ultima stata abolita con l'emanazione dell'AML, è evidente che si vengano a creare non poche problematiche riguardo all'applicazione dell'una o dell'altra legge. In ultima istanza, il tema dei monopoli pubblici rimane un tasto dolente nell'esperienza cinese.

---

<sup>58</sup> Vedi paragrafo 2.1.

<sup>59</sup> R. H. Bork, *The Antitrust Paradox* 144, 159 (1978).

<sup>60</sup> sul tema, vedi H. Sheng et al., *Administrative Monopoly in China*, World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd., 2015.

<sup>61</sup> Cfr., art. 51 AML.

## 2.2.6 Chapter 6 & 7: Responsabilità e Pene

Gli ultimi due capitoli della legge (non prendendo in considerazione l'ultimo capitolo, di cui si è già trattato<sup>62</sup>) si preoccupano di individuare gli strumenti utilizzabili dalle autorità competenti per applicare la disciplina.

Legittimato a intentare una causa per violazione dell'AML è, come stabilito dall'articolo 38, chiunque ne abbia interesse<sup>63</sup>; l'istanza dev'essere presentata per iscritto e accompagnata dalla documentazione necessaria a dimostrare la violazione. L'investigazione dev'essere condotta da almeno due persone<sup>64</sup>, alle quali sono riconosciuti, ai sensi dell'art. 39, poteri ispettivi (documentazione, luoghi, conti bancari), informativi e di consultazione dei documenti rilevanti. L'operato degli istruttori è coperto dal segreto d'ufficio<sup>65</sup>. Le imprese sotto istruttoria, e chiunque ne abbia interesse, possono partecipare offrendo documentazione e opinioni che ritengano rilevanti, che verranno poi esaminati dagli istruttori<sup>66</sup>. E' possibile, comunque, che la procedura si concluda preventivamente, qualora le imprese s'impegnino a prendere misure concrete per eliminare gli effetti negativi della condotta illegittima da loro adottata, in un tempo limite individuato dall'autorità competente<sup>67</sup>. L'autorità continuerà a vigilare sull'applicazione del programma di eliminazione proposto dall'impresa e potrà riprendere l'istruttoria se questi non abbiano rispettato l'impegno preso, quando il fatto alla base dell'interruzione dell'ispezione sia cambiato significativamente, o qualora la sospensione si sia basata su informazioni incomplete o false<sup>68</sup>.

Il risultato dell'istruttoria deve essere pubblicato dall'autorità con mezzi idonei a garantire la diffusione al pubblico, spiegando adeguatamente le ragioni della decisione presa<sup>69</sup>. Questo ultimo punto è di particolare importanza; un'adeguata pubblicità data alle decisioni prese garantisce la trasparenza del sistema e previene il diffondersi di ipotesi di corruzione e inadeguatezza tecnica dell'autorità.

Con riguardo alle sanzioni previste in caso di abuso, gli articoli 46, 47 e 48 individuano, per ogni fattispecie, un *range* nel quale, a seconda della natura della violazione, della sua durata e della sua estensione<sup>70</sup>, l'autorità competente può scegliere una giusta multa. Altri strumenti sanzionatori

---

<sup>62</sup> Vedi paragrafo 2.1.

<sup>63</sup> “Ogni persona fisica o giuridica ha il diritto di rivolgersi alle autorità competenti qualora sospetti l'avversarsi di una condotta monopolistica”; cfr., art. 38 AML.

<sup>64</sup> Cfr., art. 40 AML.

<sup>65</sup> Cfr., art. 41 AML.

<sup>66</sup> Cfr., art. 43 AML.

<sup>67</sup> Cfr., art. 45 AML.

<sup>68</sup> *supra*, vedi nota 36.

<sup>69</sup> Cfr., art. 44 AML.

<sup>70</sup> Cfr., art. 49 AML.

consistono in ordini di cessare e desistere o confiscare i profitti ottenuti attraverso la condotta illecita. In casi di particolare gravità, le imprese potranno essere anche soggette a responsabilità civile e penale (quest'ultima solo nei casi di ostruzionismo alle indagini di particolare gravità che si profili come illecito penale<sup>71</sup>).

### 2.3 Le autorità

La disciplina è affidata alla cura di autorità diverse, le quali dipendono dal governo (in Cina diversamente da quanto accade altrove e specialmente in Europa, non si parla di autorità indipendenti); ciò inevitabilmente può far sorgere dubbi riguardo alla trasparenza e correttezza delle autorità, specialmente quando si tratti di casi riguardanti pubbliche amministrazioni e campioni nazionali. Il sistema è dualistico, con la compresenza di:

1. *Anti-Monopoly Commission* (AMC), che ha il compito di studiare l'applicazione della disciplina, aggiornarla e formulare linee guida. Non si occupa quindi di mettere in atto l'AML e le altre leggi antitrust<sup>72</sup>.
2. *Anti-Monopoly Enforcement Authorities* (AMEA), a cui è demandata l'applicazione della disciplina predisposta dall'AMC<sup>73</sup>.

Le AMEA sono tre: l'Amministrazione Statale per l'Industria e il Commercio (SAIC), un'agenzia amministrativa che si occupa di garantire l'ordine nel mercato, di amministrare il sistema delle licenze industriale e di registrare i trademark; la Commissione Nazionale per lo Sviluppo e le Riforme (NDRC), che è invece un'agenzia con compiti di regolazione macroeconomica, sottoposta al controllo del Consiglio di Stato<sup>74</sup>, che generalmente si occupa di definire strategie di sviluppo nazionale di lungo periodo; e il Ministero del Commercio (MOFCOM). I compiti tra le SAIC e NDRC sono ripartiti come esposto nella seguente tabella<sup>75</sup>, mentre il MOFCOM si occupa esclusivamente dell'applicazione della disciplina in tema di fusioni e acquisizioni.

---

<sup>71</sup> Cfr., art. 50, 52 AML.

<sup>72</sup> Cfr., art. 9 AML.

<sup>73</sup> Cfr., art. 10 AML.

<sup>74</sup> Principale autorità amministrativa, detentore del potere esecutivo nella Repubblica Popolare Cinese.

<sup>75</sup> *supra*, vedi nota 6.

	<b>NDRC</b>	<b>SAIC</b>
Accordi Monopolistici	Fissazione del prezzo	Limitazione produzione/vendite; ripartizione del mercato (output e materie prime); boicottaggio.
Abuso di Posizione Dominante	Fissazione del prezzo di rivendita; prezzi predatori; prezzi iniqui.	Rifiuto a contrarre; accordi di esclusiva; vendite legate e <i>bundling</i> ; trattamenti discriminatori.

Non si può negare l'esistenza di un acceso dibattito sull'effettiva efficacia della compresenza di più autorità; alto è il pericolo di sovrapposizioni (soprattutto tra SAIC e NDRC) che diano adito a confusione e a una perdita di chiarezza e efficienza nell'attuazione della legge, a causa dell'inevitabile molteplicità di standard decisionali differenti per autorità. Per di più, le autorità amministrative non sono indipendenti e hanno una molteplicità di compiti e interessi che possono risultare contrastanti con gli obiettivi dell'AML (e certamente distrarre il numero già ridotto<sup>76</sup> di addetti ai lavori dall'implementazione della legge, per favorire altri compiti).

Tuttavia, è vero che la competenza concorrente di più autorità in materia antitrust si rinviene anche in altri ordinamenti (a esempio, negli Stati Uniti) e la compresenza di SAIC, NDRC e MOFCOM permette la condivisione di esperienze e competenze pre-acquisite che sarebbero altrimenti andate perdute (Li, 2018). Inoltre, le tre autorità sono in forte competizione tra di loro, creando così un sistema di reciproci incentivi a migliorare le proprie performance<sup>77</sup>.

A partire dal 2018, la struttura finora descritta è stata drasticamente modificata attraverso la fusione degli uffici preposti all'applicazione dell'AML di SAIC, NDRC e MOFCOM in un unico ufficio presso l'Amministrazione Statale per la Regolazione del Mercato (SAMR). L'Anti-Monopoly Bureau (AMB) presso il SAMR è composto da un totale di 10 divisioni, e nella sua attività è coadiuvato da uffici locali. Le funzioni del SAMR riguardano la supervisione e l'amministrazione del mercato, l'unificazione del processo di registrazione e pubblicità degli operatori, l'organizzazione del lavoro di implementazione della legge (in particolare, dell'AML), nonché la gestione e ispezione del *food*

<sup>76</sup> Tra MOFCOM, NDRC e SAIC il numero degli esperti che si occupano di implementare l'AML è pari a 70, contro i 900 dipendenti dei DoJ e FTC americani.

<sup>77</sup> Non manca comunque chi individua in questa alta competitività un difetto del sistema (vedi Samson, 2014).

*market* e del mercato dei diritti d'autore<sup>78</sup>.

Dal trasferimento delle competenze in tema di antitrust al SAMR, sono stati esaminati 310.000 documenti incrementali (+154% rispetto al 2017), 1.700 documenti sono stati rivisti e migliorati. La nuova struttura consente di facilitare la costituzione di un mercato unico, aperto, ordinato e competitivo, quale è uno dei principali obiettivi dell'AML.

Nonostante la riforma del 2018, il sistema non risulta ancora sufficientemente uniformato e la nuova autorità non dispone delle competenze tecniche necessarie a superare questo ostacolo. Zhang Mao, direttore del SAMR, sottolinea la necessità di una nuova riforma che sia in grado di integrare e ottimizzare risorse, procedure ed efficienza.

## **2.4 Cina & Unione Europea: studio comparato**

L'AML deve molto alla disciplina antitrust europea e ciò non deve sorprendere, dato che il modello americano rischierebbe di rivelarsi inefficiente, considerando come questo si concentri esclusivamente sul garantire che il mercato operi liberamente, data la fiducia nella sua capacità di assicurare la più efficace allocazione delle risorse<sup>79</sup>. Ma se questo è possibile e vero negli Stati Uniti d'America, lo stesso non accade necessariamente in un Paese in via di sviluppo come la Cina, dove il mercato non è ancora sufficientemente maturo da aspettarsi che operi con efficienza senza l'intervento di un regolatore esterno<sup>80</sup>.

Il modello europeo, invece, individua obiettivi ulteriori rispetto all'efficienza allocativa, quali la tutela dei diritti umani, nonché della libertà d'iniziativa economica; la creazione di un mercato competitivo moderno e integrato (e dopotutto il tema della barriere regionali agli scambi è attuale non solo in un'unione di una pluralità di Stati e culture diverse quale è l'UE, ma anche in un Paese unico ma fortemente variegato a livello locale come la Cina); e la promozione di una rapida crescita economica del Paese. A tale riguardo, appare significativo quanto espresso nell'*EU Commission Annual Report on Competition Policy* del 2010:

(...) due fili [threads] ben identificabili percorrono l'intera storia della disciplina antitrust europea: il suo contributo alla costruzione e preservazione di un mercato interno e al benessere dei consumatori. Allo stesso tempo, la disciplina della concorrenza è stata di primario sostegno al perseguimento del fondamentale obiettivo

---

<sup>78</sup> L'elenco non è esaustivo. Da: Wan, "2008-2018: A Retrospect of China's Anti-Monopoly Law Enforcement System and Prospect and Commentary on the New System". Consultabile su:

<https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/06/Asia-Column-June-2018-Full.pdf>.

<sup>79</sup> *supra*, vedi nota 10.

<sup>80</sup> Alcuni studiosi (Zhang) ritengono, invece, che sia importante lasciare che gli abusi individuati dalla normativa antitrust siano risolti dal mercato stesso.

dell'Unione (come stabilito dai Trattati), e cioè la creazione di un mercato competitivo, la coesione economica, sociale e territoriale e il perseguimento di uno sviluppo sostenibile.

Il dettato dell'art. 1 dell'AML deve molto agli obiettivi rapidamente delineati propri della disciplina europea (molti termini sono simili: protezione dell'efficienza e della competizione, tutela del consumatore, promozione dello sviluppo).

Le similitudini con il modello europeo sono molteplici, e possono essere riassunte come segue:

- i) predominanza dell'autorità amministrativa su quella giudiziaria<sup>81</sup>;
- ii) possibilità per i privati di denunciare comportamenti illegali;
- iii) possibilità di ricorso contro le decisioni amministrative presso l'autorità giudiziaria;
- iv) assenza di responsabilità penale;

L'AML, come la disciplina europea<sup>82</sup>, individua le tre fattispecie principali negli accordi monopolistici, nell'abuso di posizione dominante e nelle concentrazioni. E come in Europa, la definizione offerta dalla legge è tanto generica da richiedere necessariamente l'emanazione di emendamenti successivi che le diano una dimensione più concreta; in questa ottica si inserisce, per esempio, la *State Council Guideline on Definition of Relevant Market*, dettata sulla falsariga della *notice 372/03* sullo stesso tema promulgata dalla Commissione Europea nel 1997.

Non mancano, tuttavia, evidenti differenze. La legge antitrust non può, infatti, prescindere dal contesto politico, economico e sociale nel quale si trova a dover operare.

In Europa, a esempio, la legge non interessa i monopoli amministrativi, e questo perché esistono delle leggi di livello costituzionale o trattati, e quindi normative gerarchicamente superiori, che se ne occupano; in Cina una disciplina di questo tipo è assente, a causa del diverso sviluppo storico che ha interessato il Paese, il quale proviene da anni di pianificazione economica e che, in realtà, non sembra interessato ad abbandonare del tutto la pratica del controllo centralizzato dell'economia. Ciò detto, le similitudini che pure esistono tra le due discipline sembrano riguardare più che altro obiettivi strumentali della legge, che le sono però esterni. Le differenze tra le due esperienze, allora, si basano proprio sull'eventualità che alcuni di questi obiettivi non vengano internalizzati nella normativa, come accade in Europa nel caso, a titolo esemplificativo, della libertà d'iniziativa economica; e

---

<sup>81</sup> Anche se ciò comporta tuttavia una perdita in termini d'indipendenza del sistema, e può causare incertezza e perdita di credibilità (Liu & Qiao).

<sup>82</sup> Cfr., art. 101 e 102 Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, TFUE.

finiscano, quindi, per assolvere un ruolo del tutto marginale nell'applicazione e formulazione della legge (Gerber).

### ***Conclusioni***

L'AML è, a conti fatti, un compromesso tra due tendenze: quella a seguire l'esempio dettato da e a collaborare con i Paesi dell'OCSE, e quella a delineare una legge nella quale si presti particolare attenzione al ruolo dei campioni nazionali e delle politiche industriali del governo. La storia della nascita della disciplina stessa fa emergere la volontà di omologare l'esperienza normativa cinese con quella dei Paesi industrializzati (le varie bozze dell'AML sono state, infatti, rese pubbliche e commentate da esperti soprattutto europei e americani); la struttura e il contenuto della normativa non sono, a loro volta, così distanti dall'esempio europeo. Ciò che rende l'AML unica, da un punto di vista ancora di analisi legislativa e non anche di applicazione pratica, è la presenza nel disposto normativo di casistiche uniche al panorama socio-politico del Paese: il divieto di abuso di potere amministrativo è un esempio lampante di questa unicità, che viene spesso riferita con il termine "caratteristiche cinesi". Quanto detto non deve stupire: la normativa antitrust non può mai prescindere dal contesto culturale nel quale deve venire applicata, perché non ci si può aspettare che tutti i mercati lavorino allo stesso modo (il mercato americano, come si è accennato, si comporta molto diversamente rispetto a quello cinese, a causa di un maggior livello di maturità del primo sul secondo, che ha, invece, vissuto un lungo periodo di pianificazione e chiusura agli impulsi concorrenziali).

La valutazione della normativa non può prescindere, poi, dalla sua applicazione pratica. Il capitolo successivo, nel presentare alcuni casi più o meno recenti valutati dalle autorità cinesi competenti in materia, vuole analizzare più a fondo questo tema: e ciò capire qual è il limite delle similitudini tra l'AML cinese e le normative antitrust di altri Paesi nel mondo, e dove iniziano, invece, le differenze.

## CAPITOLO III

### La disciplina antitrust in Cina: teoria e pratica a confronto

#### *Premessa*

L'AML entra in vigore il 1 Agosto del 2008. Da allora, il SAIC, l'NDRC e il MOFCOM si sono occupati di 172 casi di accordi monopolistici e di 220 di abuso di potere amministrativo con restrizione della concorrenza; hanno analizzato più di 2.500 domande di concentrazione di imprese<sup>83</sup>. L'ultima parte del capitolo intende offrire una panoramica dei casi trattati dalle autorità, limitatamente ai dati disponibili<sup>84</sup>. Si è deciso di trattare più nel dettaglio il caso di tentata acquisizione dell'impresa cinese Huiyuan Juice Group da parte di Coca Cola (impresa, del resto, ben nota alle autorità antitrust mondiali) perché questo più di altri consente di analizzare nel dettaglio non solo la disciplina antitrust cinese, ma anche e soprattutto come la sua applicazione risulti condizionata da considerazioni di carattere politico le quali hanno come immediata conseguenza il rendere l'esperienza cinese molto diversa da quella europea e mondiale.

Preliminarmente è, tuttavia, utile descrivere le metodologie utilizzate per la definizione del mercato rilevante, cioè il test della sostituibilità e l'*Hypothetical Monopoly Test*, che la disciplina cinese riprende quasi interamente dall'esperienza europea, pur con alcune, rilevanti differenze.

#### **3.1 La definizione del mercato rilevante**

Nella XXVI Relazione sulla politica di concorrenza, relativa al 1996, la Commissione Europea affermò che la definizione dei mercati rappresentava una “*sfida permanente*” per la politica della concorrenza, soprattutto in presenza di mercati in rapida evoluzione:

Un contesto mutevole, in cui l'innovazione tecnologica confonde i tradizionali confini tra i diversi mercati del prodotto (...) favorendo l'emergere di nuovi mercati, la cui delimitazione geografica è a sua volta soggetta a continui cambiamenti, impone alla Commissione e ai suoi servizi maggiori esigenze in tema di analisi economica, per

---

<sup>83</sup> Antitrust Chronicle — The Year of the Pig: Antitrust in China. Consultabile su

<https://www.competitionpolicyinternational.com/category/antitrust-chronicle/winter-2019-volume-3-number-2/>

<sup>84</sup> In questa sezione si continua a usare la distinzione di poteri prevista pre-2018 tra MOFCOM, SAIC e NDRC. I dati sui casi del SAMR sono difficilmente reperibili, essendo il sito esclusivamente in lingua cinese. Dalla sua istituzione l'autorità ha risolto 77 casi di concentrazione (7 Marzo - 6 Giugno 2019); i casi di concentrazione approvati incondizionatamente sono stati 125 nel quarto trimestre del 2018, 107 nel primo trimestre del 2019, 36 nell'Aprile 2019 e 20 nel Maggio 2019. Dal 14 Febbraio al 29 Marzo del 2019 sono state imposte 10 sanzioni amministrative. Alla fine del 2018, la SAMR ha pubblicato 16 casi di abuso di potere amministrativo per escludere e limitare la concorrenza.

quanto riguarda, in particolare, la definizione del mercato, l'analisi del potere di mercato, la considerazione della concorrenza potenziale.

L'individuazione del mercato rilevante<sup>85</sup> nella valutazione delle fattispecie su cui interviene l'azione antitrust costituisce una fase fondamentale, propedeutica all'analisi delle condizioni strutturali del mercato e delle altre informazioni disponibili per accertare, ex ante, se vi sia il rischio di comportamenti anticoncorrenziali (nell'esame delle concentrazioni e dell'oggetto delle intese) ovvero, ex post, se tali comportamenti siano stati realizzati (nell'esame dei casi di abuso di posizione dominante e degli effetti delle intese). L'analisi antitrust definisce il mercato allo scopo di individuare l'ambito in cui l'interazione dell'offerta e della domanda perviene alla determinazione di un prezzo; in quell'ambito, che può essere rappresentato da un insieme di prodotti o da un'area geografica, possono essere valutati la costituzione, il rafforzamento o l'abuso di potere di mercato. Di contro, la definizione del mercato non è volta ad accertare se un mercato sia concorrenziale o monopolistico o assuma una connotazione intermedia fra questi due estremi. L'AML definisce il mercato rilevante come l'area geografica in cui, in un dato arco temporale, le imprese competono tra loro per offrire beni e/o servizi<sup>86</sup>. E' assente, tuttavia, un'indicazione di come individuare il mercato rilevante; sul tema, la legge sembra lasciare ampia discrezionalità alle autorità competenti. Ne consegue l'impossibilità per le imprese di conoscere a priori i limiti della propria azione strategica; senza la consapevolezza di ciò che è o non è lecito, è impensabile che le imprese intraprendano strategie costose, in termini di tempo e risorse, con il rischio di vederle bloccate dall'autorità prima ancora della loro attuazione.

Al fine di garantire la trasparenza e la certezza del sistema, l'AMC ha emanato il 7 Luglio del 2009 le *Guidelines on the Definition of Relevant Market*<sup>87</sup> (di seguito, *Guidelines*), linee guida alle quali si devono riferire MOFCOM, SAIC e NDRC nella definizione dei mercati rilevanti nei casi loro sottoposti.

Le *Guidelines* offrono una definizione di mercato rilevante che ricalca quella americana (dove il mercato rilevante è legato alla "razionale interscambiabilità dell'uso o alla elasticità incrociata della domanda tra il prodotto e i suoi sostituti", cfr. *Brown Shoe Co. vs. United States*), e soprattutto quella europea, dove la definizione di mercato rilevante è vista come uno strumento finalizzato a identificare

---

<sup>85</sup> C. Scognamiglio Pasini, *Economia Industriale*, LUISS University Press, 2006, p. 54. "(...) Il più piccolo contesto nel cui ambito è possibile la creazione di un potere di mercato. Più genericamente, si può definire mercato rilevante il più piccolo insieme di prodotti in un'area geografica in cui è possibile per le imprese porre in atto fattispecie proibite dalla legislazione antitrust."

<sup>86</sup> Cfr., art. 12 AML.

<sup>87</sup> Da: <http://english.mofcom.gov.cn/article/newsrelease/commonnews/200907/20090706389449.shtml>.

e definire i confini della competizione tra le imprese e a stabilire il *framework* all'interno del quale opera la legge antitrust<sup>88</sup>. Il testo dell'art. 2<sup>89</sup> delle *Guidelines* riprende quasi pedissequamente quanto detto, aggiungendo che questa è solitamente un punto di partenza dell'analisi del comportamento competitivo delle imprese e, dunque, uno *step* cruciale nell'applicazione della legge antitrust.

Le caratteristiche della rilevanza vengono accertate attraverso due punti di vista: quello di prodotto, o meglio gruppo di prodotti, e quello geografico.

Il “mercato rilevante dal punto di vista del prodotto” è individuabile nell'insieme di prodotti che sono tra loro perfettamente sostituibili per il consumatore, perché simili in termini di caratteristiche, uso e prezzo. Questa definizione specifica l'ambito merceologico all'interno del quale si realizza la competizione tra gli operatori<sup>90</sup>.

Il “mercato rilevante dal punto di vista geografico” è, invece, l'area geografica nella quale i consumatori acquistano un certo prodotto; sicché se questo non è disponibile in un certo luogo, i consumatori potrebbero facilmente ottenerlo da un'altra parte, a meno che questo comporti costi di transazione<sup>91</sup> tali da disincentivare interamente l'acquisto (nel qual caso, ovviamente, l'offerente in altra zona geografica non farebbe parte dello stesso mercato rilevante del primo)<sup>92</sup>. I test classici utilizzati nell'analisi antitrust per la sua definizione si basano sul confronto fra i livelli del prezzo in diverse aree o sul grado di chiusura di un'area rispetto alla produzione e alla distribuzione di un bene. Il primo tipo di test presuppone, in sostanza, che il prezzo di un bene abbia andamenti analoghi nelle aree che appartengono allo stesso mercato; il secondo tipo di test, invece, definisce territorialmente il mercato di un bene circoscrivendo l'area nella quale esso è in prevalenza prodotto e distribuito.

Nei casi in cui aspetti quali il ciclo produttivo, il ciclo di vita del prodotto, le caratteristiche stagionali, lo stile o la durata degli IPR (*intellectual property rights*) si ritengano fattori da tenere in considerazione per una consona definizione del prodotto, allora anche il fattore tempo deve essere adeguatamente valutato nell'individuazione del mercato rilevante<sup>93</sup>.

---

<sup>88</sup> *European Commission Notice 97/C 372/03*.

<sup>89</sup> *Guidelines on the Definition of Relevant Market*, consultabile su <http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=7575&lib=law&SearchKeyword=Definition%20of%20the%20Relevant%20Market&SearchCKeyword=>.

<sup>90</sup> Cfr., art 3 *Guidelines*.

<sup>91</sup> Si fa riferimento all'eventualità che, in certe situazioni, il costo di una certa risorsa sul mercato sia più alto di quanto richiesto per produrre la stessa internamente all'azienda (Coase). In questo contesto, per costi di transazione s'intendono quindi quei costi che il cliente dovrebbe sostenere per cambiare la zona geografica rilevante.

<sup>92</sup> *supra*, vedi nota 6.

<sup>93</sup> *supra*, vedi nota 6.

A livello pratico, vengono usate due metodologie per l'individuazione del mercato rilevante. La prima, preferita dall'AMC, è il test della sostituibilità, secondo la teoria che sono i diretti sostituti a rappresentare il principale limite al comportamento delle imprese<sup>94</sup>.

La sostituibilità è da intendersi primariamente dal lato della domanda<sup>95</sup>; l'autorità dovrà valutare la sostituibilità tra prodotti in base alle funzioni e all'uso, alla qualità, alla disponibilità e al prezzo degli stessi diffusi tra i consumatori<sup>96</sup>.

Nell'applicazione di questo test alle autorità è richiesto di analizzare la *core demand* del mercato e gli attributi chiave dei prodotti offerti al fine di individuare se esista un gruppo sufficientemente consistente di utenti che consideri un certo altro prodotto come concreto sostituto (si tratta dell'applicazione di una "*majority and important rule*", vedi decisione della Corte Suprema Popolare Cinese [CSPC] su Qihoo 360 Technology Co. Ltd. v. Tencent Holdings Limited, anche detto 3Q War).

L'art. 4 consente anche l'applicazione di un test di sostituibilità dal lato dell'offerta, qualora questa ponga simili vincoli competitivi al comportamento adottabile dagli operatori presenti sul mercato. In genere, la sostituibilità dal lato della domanda viene misurata attraverso l'elasticità incrociata, che indica la variazione relativa della quantità domandata di un bene al variare del prezzo di un altro bene. Questo metodo presenta però limiti che ne pregiudicano la valenza applicativa: la determinazione del prezzo di partenza rischia di essere arbitraria e di condurre a risultati incerti. Altri metodi, come quello di misurare la correlazione fra i prezzi dei prodotti, possono addirittura risultare fuorvianti poiché, pur in presenza di una correlazione elevata dei prezzi, i relativi prodotti possono non essere percepiti come sostituti dai consumatori<sup>97</sup>.

Il secondo metodo, applicabile quando il caso presenti elevata complessità, è l'*Hypothetical Monopoly Test* (anche HTM/SSNIP, *Small but Significant Non-transitory Increase in Price*). Lo SSNIP è il metodo privilegiato dalla normativa EU (nonché da quella statunitense), nella quale esso viene definito come un esperimento speculativo che postula un ipotetico piccolo (5%-10%) e duraturo cambiamento nei prezzi relativi; si valutano poi le probabili reazioni dei consumatori a tale aumento (art. 15, *European Commission Notice 97/C 372/03*). Concretamente, il test prende le mosse dal tipo di prodotto offerto dalle imprese rilevanti e dall'area in cui viene venduto. Dopodiché, la definizione

---

<sup>94</sup> Cfr., art 4 *Guidelines*..

<sup>95</sup> "The demand substitution analysis shall be conducted from the perspective of demanders in the Definition of the Relevant Market."; cfr., art. 4 *Guidelines*.

<sup>96</sup> Cfr., art. 5 *Guidelines*.

<sup>97</sup> Cfr. Wills, H., *Market Definition: How Stationarity Tests Can Improve Accuracy*, E.C.L.R., 2002.

può variare attraverso l’inserimento o l’esclusione di mercati (intesi qui come combinazioni di prodotto/area geografica) limitrofi, a seconda dell’effetto che la competizione proveniente da questi nuovi mercati ha sul livello dei prezzi di breve periodo dei prodotti delle imprese. La domanda a cui si vuole dare risposta è la seguente: i consumatori delle imprese passerebbero ai mercati limitrofi individuati? In generale, se la minaccia dei sostituti rende gli aumenti di prezzo non profittevoli, allora i mercati limitrofi vengono inclusi nel mercato rilevante; se, invece, gli aumenti di prezzo risultano profittevoli, i mercati limitrofi vengono esclusi.

Nella pratica cinese, l’art. 10 delle *Guidelines* impone di utilizzare lo SSNIP solo quando la complessità del caso impedisca un uso efficiente del test della sostituibilità della domanda: “[...] l’HTM è una teoria analitica di definizione del mercato rilevante. Può essere di grande aiuto per risolvere qualsiasi incertezza che potrebbe ragionevolmente sorgere nel processo di definizione del mercato rilevante.” Ciò trova conferma nel caso *Johnson & Johnson v. Beijing Ruibang*<sup>98</sup>, in cui la CSPC ha decretato:

L’HTM è una misura quantitativa basata sul principio del test della sostituibilità. Questa è, comunque, essenziale. Se il mercato rilevante può essere chiaramente individuato con l’uso del test della sostituibilità dal lato della domanda o dell’offerta, allora non v’è necessità d’usare l’HTM.

A differenza di quanto avviene in Europa, nella gerarchia delle metodologie da applicare per l’individuazione del mercato rilevante in Cina, lo SSNIP è all’ultimo posto, configurandosi come metodologia residuale ed eventuale, da utilizzare solo nei casi in cui le prime due opzioni (sostituibilità della domanda e dell’offerta) sono inefficienti<sup>99</sup>.

In conclusione, le *Guidelines* consentono l’uso di più di una metodologia d’individuazione del mercato rilevante, la scelta delle quali dipenderà in ultima analisi dalle caratteristiche del caso.

La definizione del mercato rilevante non è sempre necessaria. Nella 3Q War, la CSPC ha, infatti, decretato che:

Nei casi di abuso di posizione dominante, la definizione del mercato rilevante è uno strumento per valutare il potere di mercato dell’impresa e l’impatto che presunte condotte illegittime hanno sulla concorrenza. Tuttavia, la definizione del mercato

---

<sup>98</sup> *Beijing Ruibang v. Johnson & Johnson*, Hu Gao Min San Zhi Zhong Zi No.63, 43 (Shanghai High People’s Court. 2013).

<sup>99</sup> Cfr., art. 7 *Guidelines*.

rilevante non deve considerarsi obiettivo ultimo dell'analisi. Anche senza una chiara delimitazione del mercato rilevante, la posizione dell'impresa e gli effetti sulla competizione della condotta sotto esame possono essere analizzati attraverso prove dirette che dimostrino che questa impedisca o precluda il normale svolgimento della concorrenza nel mercato. Quindi, non tutti i casi di abuso di posizione dominante hanno bisogno d'un'esplicita e chiara definizione del mercato rilevante.

Quanto detto è in parte sostenuto dalla *Unilateral Effect Theory*, emersa nel corso degli anni '80 negli Stati Uniti, per la quale le fusioni tra società che offrono prodotti tra loro differenziati possono consentire ai partecipanti alla fusione di aumentare in modo profittevole il prezzo di questi prodotti al di sopra del livello concorrenziale senza perdere domanda. In questi casi è sufficiente che la fusione abbia ridotto la concorrenza attraverso la propria condotta unilaterale, per poter decretare la nullità della fusione, senza necessità di definizione del mercato rilevante. Liu Xu, nel suo articolo *Finding of Dominant Market Position in Qihoo v. Tencent* (2013), sostiene: "Il potere dominante della Tencent è già implicito nelle caratteristiche strutturali dell'operatore e dalle condotte sospette da questo assunte, nonostante i limiti naturalmente posti da un mercato competitivo", specificando come i test richiesti dalle *Guidelines* non siano sempre necessari.

### 3.2 Le concentrazioni

Dall'introduzione dell'AML, l'area del controllo sulle concentrazioni è stata quella che ha più impegnato le autorità cinesi. La tabella in appendice riassume i casi trattati dal MOFCOM dal 2008 al 2015<sup>100</sup>; sono assenti le informazioni sui casi approvati senza condizioni, non essendo l'autorità obbligata a pubblicarle.

Dall'analisi dei casi è possibile evidenziare la tendenza dell'autorità ad approvare le operazioni, con l'imposizione di condizioni. La passi antitrust distingue le misure compensative (o rimedi) che possono essere offerte dalle imprese o imposte dall'autorità per attenuare o ridurre gli effetti anticompetitivi di un'aggregazione in misure strutturali e comportamentali. Le prime di norma consistono in tagli all'organizzazione o in cessioni di attività o rami d'azienda a imprese concorrenti; le seconde nell'assunzione di condotte (come, a esempio, la diffusione di informazioni) volte a favorire i competitori ristorandoli del danno potenzialmente subito. L'esperienza cinese conosce misure di entrambi i tipi. I rimedi più frequentemente accordati dal MOFCOM riguardano il

---

<sup>100</sup> Da Competition Policy & Enforcement in China. Consultabile su: <https://www.uschina.org/sites/default/files/2015.05%20USCBC%20Update%20on%20Competition%20Enforcement%20in%20%20China.pdf>.

disinvestimento di parte della società risultante dall'acquisizione, così da garantire che la nuova entità non ottenga una posizione di mercato tale da creare degli squilibri (vedi Panasonic/Sanyo, Pfizer/Wyeth, UTC/Goodrich). Nel caso Google/Motorola Mobility, l'autorità ha, invece, richiesto di distribuire la licenza Android di Google gratuitamente a tutti i competitori, di fronte al rischio che la fusione dei due soggetti potesse creare condizioni di uso preferenziale del sistema Android in capo alla Motorola. In un diverso settore, quello dei prodotti agricoli (nello specifico, i fagioli di soia), il MOFCOM ha approvato la fusione della giapponese Marubeni e dell'americana Gavilon, imponendo loro l'istituzione di due diverse sussidiarie (una per l'esportazione e una per il commercio domestico) e il divieto di scambiarsi informazioni e acquistare risorse l'una dall'altra, al fine di impedire che la combinazione della rete di vendite di Marubeni e la sua quota di mercato in Cina, con le *sourcing operations* di Gavilon negli Stati Uniti, limitassero la competizione domestica.

Come si può notare dalla tabella in appendice, la maggior parte delle acquisizioni accettate con condizionali o rifiutate riguardano operazioni con *players* internazionali. Non stupisce che alcuni imprenditori esteri osservino un'applicazione dell'AML a scopi prevalentemente protezionistici<sup>101</sup>, tanto da spingere George Chen a scrivere un articolo sul South China Morning Post intitolato "Antitrust or anti-foreigner in China?". Per quanto i casi riguardanti imprese non domestiche siano numericamente pochi, come evidenziato dal People's Daily<sup>102</sup>, non può negarsi che le multe più alte siano state imposte proprio alle imprese straniere (in media CNY80 milioni, otto volte più alte di quelle previste per le imprese nazionali<sup>103</sup>).

### 3.3 L'abuso di posizione dominante e gli accordi monopolistici

Quest'ultima sezione del capitolo è dedicata ai casi oggetto di giudizio da parte del SAIC e dell'NDRC. Come per la tabella sui casi MOFCOM, i dati si fermano al 2015<sup>104</sup>.

Come accennato nel secondo capitolo<sup>105</sup>, la divisione di competenze tra SAIC e NDRC è molto spesso poco rigida. Dalla casistica disponibile si può sostenere, generalizzando, che l'NDRC si sia occupato prevalentemente di casi di fissazione di prezzi di rivendita e di accordi finalizzati alla definizione di un prezzo di mercato; quindi, di casi di accordi tra oligopolisti che hanno come obiettivo primario quello di ridurre il normale livello di competitività e incertezza del mercato. L'epilogo più frequente

---

<sup>101</sup> "U.S. companies fear growing protectionism in China", Business Week, 2014.

<sup>102</sup> "Why is the U.S. making a fuss over China's antitrust campaign?", People's Daily, 2014.

<sup>103</sup> Y. Samson, *Taming the "Foreign Tigers": China's Anti-trust Crusade against Multinational Companies*. China Perspectives, no. 4 (100) (2014): 53-59. <http://www.jstor.org/stable/24055651>.

<sup>104</sup> *supra*, vedi nota 11.

<sup>105</sup> vedi capitolo 2, paragrafo 2.7.

è l'imposizione di multe, dal valore spesso uguale all'1% dei ricavi che le imprese hanno registrato nell'esercizio precedente grazie alla condotta illecita. Differentemente, il SAIC gestisce fattispecie più variegata (accordi monopolistici, abuso di posizione dominante, cartelli obbligatori), con la possibilità anche di confisca dei guadagni ottenuti e non solo d'imposizione di multe come nel caso dell'NDRC.

Tra i casi più interessanti si possono annoverare Unilever v. NDRC, in cui l'autorità ha multato la multinazionale olandese-britannica per aver diffuso precocemente informazioni sui prezzi dei propri prodotti (detergenti e saponi), generando così nei consumatori un fenomeno di "*panic buying*"; e i casi che il SAIC, attraverso le sue *branches* locali, ha intentato contro quattro associazioni sparse per la Cina per aver costituito centri di assicurazioni automobilistiche giudicati come accordi monopolistici e, quindi, illegali ai sensi dell'AML.

### 3.4 La funzione "politica" della disciplina antitrust: il caso Coca-Cola

E' interessante il caso della Coca-Cola<sup>106</sup>, essendo questo il primo completo rigetto dell'operazione (seguito solo da un'altra occorrenza nel Giugno 2014, vedi Maersk/MSC/CMA/CGM) e avendo la decisione del MOFCOM generato un acceso dibattito.

Il 3 Settembre del 2009 la Coca Cola Company (Coca-Cola) annunciò di voler acquistare China Huiyuan Juice Group (Huiyuan)<sup>107</sup>, uno dei più importanti produttori di succhi di frutta cinesi, per 2.4 miliardi di dollari statunitensi; come previsto dagli articoli 21 e 23 dell'AML, la Coca-Cola inoltrò richiesta di approvazione dell'operazione al MOFCOM. Tuttavia, il 18 Marzo dello stesso anno, l'autorità annunciò la volontà di bloccare l'operazione. La decisione, presa dopo una profonda indagine che prevede la raccolta di pareri da parte di autorità governative, associazioni di categoria, *competitors* nell'industria dei succhi di frutta, fornitori, distributori, e le parti, nonché avvocati, economisti ed esperti del settore agricolo, consiste in un testo di soli 1500 caratteri cinesi; questo ha dato adito a un acceso dibattito sulla mancanza di trasparenza, garanzia dell'indipendenza delle decisioni da ragioni politiche estranee alla mera tutela del mercato<sup>108</sup>, da parte del MOFCOM.

Quattro ragioni fondamentali hanno condotto a una tale decisione:

---

<sup>106</sup> Da: <http://fldj.mofcom.gov.cn/aarticle/ztxx/200903/20090306108494.html?946530605=171424798>.

<sup>107</sup> Da: <https://www.ft.com/content/5c645830-1391-11de-9e32-0000779fd2ac>.

<sup>108</sup> Il MOFCOM ha rilasciato in seguito due annunci al fine di difendersi dall'accusa di aver operato, nel caso Coca-Cola/Huiyuan, nell'interesse dei business nazionali, difendendoli ingiustamente dall'entrata nel mercato domestico di un colosso internazionale quale Coca-Cola. Il MOFCOM assicura che la decisione è stata presa "*on sufficient investigation and research, on the basis of facts, and strictly in line with the country's anti-monopoly law*". Da: <http://english.mofcom.gov.cn/article/newsrelease/counseloroffice/westernasiaandafricareport/200903/20090306113555.shtml>.

- l'operazione avrebbe consentito a Coca Cola di sfruttare la sua elevata quota di mercato nel mercato delle bibite gassate per creare una posizione dominante anche in quello dei succhi di frutta, andando così a danneggiare il normale funzionamento della concorrenza;
- post-operazione Coca-Cola sarebbe risultata proprietaria di ben due brand di rilievo nel mercato cinese dei succhi di frutta (*Meizhiyuan*, e *Huiyuan*), creando non irrilevanti barriere all'entrata per possibili nuovi entranti;
- l'acquisizione avrebbe consentito a Coca-Cola di ricoprire una posizione di controllo sul mercato, andando, a tutti gli effetti, a danneggiare la libertà dei concorrenti di più ridotte dimensioni e la loro capacità d'innovare e competere liberamente sul mercato;
- l'operazione avrebbe avuto conseguenze dannose per il salutare sviluppo del mercato domestico dei succhi di frutta.<sup>109</sup>

Come risultante dalla *Coca-Cola Notice*<sup>110</sup>, nonostante il *core business* della Coca-Cola sia rappresentato da bibite gassate (*carbonated soft drinks*, in seguito CSD), nel caso in questione il mercato rilevante appare più propriamente quello dei succhi di frutta. Il portavoce del MOFCOM, Yao Jian, ha spiegato che il mercato rilevante è stato definito usando la teoria della sostituibilità della domanda e dell'offerta, come stabilito dalle *Guidelines*. Il MOFCOM ha testato la sostituibilità dei prodotti tra il mercato dei CSD e quelli del mercato dei succhi di frutta, ulteriormente diviso in tre sottocategorie in funzione della percentuale di frutta contenuta dalla bibita: 100% frutta, 99-26% frutta, meno di 25% di frutta. La decisione è stata, dunque, presa sulla base dei risultati dell'indagine, che ha rivelato una bassa sostituibilità tra i CDS e i succhi di frutta, e un'alta sostituibilità tra i succhi di frutta delle tre sottocategorie (sia dal lato della domanda che da quello dell'offerta). Sicché, si può affermare che i succhi di frutta, a prescindere dalla percentuale di frutta in essi contenuta, sono tra loro sostituiti; i succhi e le bibite gassate no.

Resta, tuttavia, poco chiaro come il MOFCOM abbia valutato il peso delle rispettive quote di mercato dei vari *competitors*.

Il mercato cinese dei succhi di frutta è dominato da quattro *players*<sup>111</sup>: Uni-President (21%), Coca-Cola (20%), Tingshin (16%) and Huiyuan (15%). Post-acquisizione, Coca-Cola avrebbe ottenuto una

---

<sup>109</sup> *supra*, vedi nota 12.

<sup>110</sup> *Public Announcement No.22 of 2009 of the Ministry of Commerce – on Promulgating the Result of the Anti-monopoly Declaration for Concentration of Business Operators by the Coca-Cola Company of the United States and the China Yuiyuan Juice Group Limited.*

<sup>111</sup> Dati raccolti dal Dott. Xiaoye Wang da AC Nielson 2007. Consultabili su: [http://www.asiancompetitionforum.org/090526\\_Hanoi/Presentations/09\\_Xi\\_aoye\\_Wang.pdf](http://www.asiancompetitionforum.org/090526_Hanoi/Presentations/09_Xi_aoye_Wang.pdf).

quota di mercato del 35%; questo valore è molto al di sotto della percentuale necessaria a influenzare il mercato (fissata al 50% dalle *EC Horizontal Mergers Guidelines*, pubblicate per l'UE nel 2004). Ciò nonostante, le *Guidelines* ammettono casi in cui, a causa di altri fattori diversi dalla quota di mercato, un'impresa può ottenere una posizione dominante nonostante la dimensione ridotta rispetto a quanto richiesto dallo standard del 50%. Nel caso in esame, si può sostenere che la quota di mercato della Coca-Cola nel mercato dei CSD (pari al 60.6%) le permetteva di acquisire facilmente una posizione dominante in altri mercati, quali quello dei succhi di frutta, con operazioni che avrebbero consentito la traslazione del potere di mercato<sup>112</sup>. Ciò detto, è necessario prendere in considerazione che la quota di mercato non è indice sufficiente dell'esistenza di una posizione dominante, che è, invece, provata dalla compresenza di molteplici fattori (ad esempio, la presenza di barriere all'espansione dei principali concorrenti). Quindi, la quota di mercato di Coca-Cola non implicava necessariamente che la società avesse una posizione dominante nel mercato dei CSD. Per riprendere le parole di Lars-Hendrik Röller, Direttore Generale per la Competizione alla Commissione Europea<sup>113</sup>: “[...] Sulla base della vigente normativa, in alcuni casi specifici, un operatore può avere una quota di mercato di meno del 50% nel mercato rilevante e comunque vantare una posizione dominante”.

Tale problematica potrebbe comunque essere superata dal MOFCOM in funzione della presunzione di posizione dominante *ex art. 19*, pur contestabile dalle parti; sfortunatamente, il MOFCOM non ha specificato se la decisione sia stata basata su questa presunzione.

Un'ulteriore ragione che ha spinto il MOFCOM a bloccare l'acquisizione di Huiyuan consiste nel fatto che, post-acquisizione, la Coca-Cola avrebbe vantato nel proprio portafoglio due brand particolarmente noti a livello nazionale nel mercato dei succhi di frutta (*Meizhiyuan* e *Huiyuan*). L'inclusione del *brand portfolio* nell'analisi di mercato del MOFCOM è coerente con il dettato dell'art. 27 dell'AML, che consente all'autorità di tenere conto di fattori che impattano sulla concorrenza del mercato diversi da quelli elencati dal medesimo articolo. Nonostante ciò, è possibile che il MOFCOM abbia deciso di includere la *brand portfolio analysis* in quanto la Cina considera la promozione di brand nazionali un aspetto cruciale della propria politica industriale; questo, pur essendo Huiyuan un brand di proprietà straniera (i principali azionisti sono una holding con sede nelle Isole Cayman di proprietà cinese, una sussidiaria di Danone<sup>114</sup>, e una società d'investimento con sede

---

<sup>112</sup> MOFCOM non specifica come questa traslazione avvenga, se con vendite in bundle o legate, oppure con altre strategie.

<sup>113</sup> S. Ming, *Antitrust Regulations Towards Corporations' Abuse of Market Dominance* (Beijing: Law Press China, 2007), 126.

<sup>114</sup> La Danone ha recentemente venduto la propria quota a un fondo di private equity cinese. Da: <http://english.mofcom.gov.cn/article/newsrelease/commonnews/201007/20100707049721.shtml>

nelle Isole Vergini Britanniche). E' la percezione dei consumatori e degli ufficiali governativi, in ultima analisi, a differenziare tra brand nazionali e non<sup>115</sup>.

Il portavoce di MOFCOM ha affermato, comunque, che l'analisi di mercato condotta dall'autorità non è stata inficiata da fattori extra-competitivi<sup>116</sup>.

Per testare se un'acquisizione possa danneggiare le piccole e medie imprese operanti nel mercato, si è soliti utilizzare l'indice di Herfindahl-Hirschman (HHI) come indicatore del grado di concentrazione del mercato<sup>117</sup>. Come stabilito dalle *US's Horizontal Merger Guidelines*, l'HHI è dato dalla somma dei quadrati delle quote di mercato individuali di tutte le imprese nel mercato. Un punteggio HHI al di sotto di 1.000 è proprio di un mercato non concentrato; un punteggio tra 1.000 e 1.800 indica un mercato moderatamente concentrato; un punteggio maggiore di 1.800 è rappresentativo di un mercato concentrato, con 10.000 nel caso di monopolio. Queste soglie rimangono sostanzialmente invariate nell'analisi del mercato post-acquisizione; tuttavia, sono previsti criteri aggiuntivi. Nel caso di mercati inizialmente non concentrati, non è richiesta un'ulteriore analisi; per i mercati moderatamente concentrati, se l'operazione comporta un aumento dell'HHI di più di 100 punti, sono necessari ulteriori accertamenti; se il mercato è inizialmente concentrato, un aumento di 50 punti dovuto all'operazione richiede ulteriori analisi, mentre un aumento di più di 100 punti fa sorgere una presunzione di posizione dominante. Le soglie europee, invece, sono: fino a 1.000 per i mercati non concentrati; tra 1.000 e 2.000 per i mercati moderatamente concentrati; e 2.000 per i mercati concentrati<sup>118</sup>.

Con le quote di mercato riportate si può calcolare un ipotetico HHI per il mercato dei succhi di frutta cinese. Ipotizzando che il restante 28% sia distribuito tra 7 altre società (così che  $28\%=4\%*7$ ), l'HHI pre-acquisizione e quello post-acquisizione sarebbe stato:

---

<sup>115</sup> Per Nathan Bush e Zhaofeng Zhou, in realtà, quanto sostenuto dal MOFCOM in tema di tutela dei brand nazionali non sarebbe sostenibile, in quanto Huiyuan risulta registrata a Hong Kong, e quindi tecnicamente straniera a sua volta in Cina.

<sup>116</sup> *supra*, vedi nota 3.

<sup>117</sup> Dalla *notice* rilasciata dal MOFCOM non è possibile tuttavia affermare che la seguente analisi sia stata condotta nei termini presentati; sicché la seguente trattazione rimane ipotetica, e riprende uno studio condotto dalla Dottoressa Huang Xian Yu.

<sup>118</sup> *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004/C 31/03)*, *Official Journal of the European Union* 5.2.2004, C 31/5.

	Uni President	Coca Cola	Tinghsin	Huiyuan	altre	$\Sigma$
Quota (x) pre-operazione	21%	20%	16%	15%	7*4%	/
$x^2$	441	400	256	225	112	1.434
Quota post-operazione	21%	35%	16%	/	7*4%	/
$x^2$	441	1.225	256	/	112	2034

Pre-acquisizione, il mercato dei succhi di frutta cinese, in base all'HHI stimato, sarebbe risultato moderatamente concentrato. Il punteggio post-acquisizione di 2.034, comportando un aumento di più di 100 punti rispetto al livello pre-acquisizione di 1210 (2.034-1.434=600), avrebbe obbligato il MOFCOM a condurre ulteriori analisi di mercato. Non solo, ma dato che l'operazione aumenta l'HHI oltre la soglia di 1.800 prevista per i mercati concentrati, l'acquisizione di Huiyuan da parte di Coca-Cola avrebbe trasformato il mercato da moderatamente ad altamente concentrato, finendo per garantire alla Coca-Cola una posizione dominante.

Il caso è interessante in quanto primo esempio di rifiuto non condizionale a procedere da parte dell'autorità. Solitamente, il MOFCOM è aperto ad accettare rimedi di varia natura proposti dalle parti, i quali non è chiaro se debbano rimuovere o più semplicemente alleviare gli ostacoli alla concorrenza creati dall'operazione. La stampa sembra suggerire che il MOFCOM abbia richiesto alla Coca-Cola di disinvestire il brand Huiyuan come condizione a procedere e che Coca-Cola abbia rifiutato<sup>119</sup>. Non è chiaro se Coca-Cola abbia delineato diverse alternative; in ogni caso, queste non sono state ritenute sufficienti dall'autorità.

L'insufficienza d'informazioni rilasciate è causa di dibattito tra gli esperti poiché da' ragione di credere che la decisione non si sia interamente fondata su principi e obiettivi di natura esclusivamente economica. Alcuni hanno speculato al tempo che il MOFCOM sia stato, in questa circostanza, costretto a seguire ordini dall'alto, data la rilevanza politica che l'operazione aveva assunto e i potenziali effetti che questa avrebbe avuto sulla *confidence* degli investitori internazionali (The Economist, 2009).

<sup>119</sup> Da: <https://www.clearygottlieb.com/-/media/organize-archive/cgsh/files/publication-pdfs/coca-cola-huiyuan-first-chinese-prohibition-decision-under-new-merger-control-rules.pdf>.

Resta vero che, al tempo, l'AML era ancora una legislazione in fasce, e che il MOFCOM aveva ancora molto da apprendere in tema di efficace comunicazione delle proprie decisioni al pubblico. Inoltre, il comportamento tenuto dal MOFCOM nel caso Coca-Cola/Huiyuan dimostra che l'autorità ritiene di non essere obbligata a provare in quali termini concreti l'operazione proposta sia in grado di danneggiare la concorrenza nel mercato rilevante; ciò implica che l'onore della prova (del contrario, e cioè del fatto che l'acquisizione non sia lesiva della concorrenza) viene scaricato sulle parti interessate. Tuttavia, una tale dimostrazione può rivelarsi piuttosto onerosa sia per gli elevati costi di ricerca, sia a causa della generale difficoltà di raccogliere informazioni sul livello di vendite *et similia* nel mercato cinese. Quanto detto rappresenta inevitabilmente un ostacolo per gli investimenti esteri nel Paese (Wall Street Journal, 2014).

### **Conclusioni**

I dati sull'applicazione dell'AML sono di difficile reperimento a causa della barriera linguistica e soprattutto della mancanza di un sistema di pubblicità delle analisi di mercato e dei casi in generale, come presente in Europa e negli Stati Uniti. Si è, però, già osservato nel corso del capitolo che la disciplina antitrust è ancora giovane, e che dalla sua entrata in vigore c'è stato un esponenziale miglioramento in tema di trasparenza; è lecito ritenere che futuri studi sull'argomento potranno più facilmente analizzare i casi rilevanti per meglio valutare se le modalità di analisi siano più o meno fedeli a quanto previsto dalla disciplina europea, progenitrice dell'AML cinese.

Ciò premesso, nel capitolo si è cercato, con i dati disponibili, di analizzare per quanto possibile le modalità di definizione del mercato rilevante, con la presentazione di un caso reale. Il caso Coca-Cola/Huiyuan è stato proposto perché consente di studiare più specificamente il problema della trasparenza e della pubblicità delle decisioni delle autorità, potendo la mancanza di queste dare adito a sospetti circa l'autonomia delle decisioni prese; nonché di utilizzare gli strumenti tecnici di definizione del mercato rilevante per cercare di comprendere le motivazioni che hanno portato a rifiutare completamente la proposta di acquisizione della Coca-Cola. Del resto, il fatto che le misure antitrust possono diventare strumenti di politica economica costituisce un rischio paventato anche nelle più moderne economie occidentali, specialmente in una fase politica caratterizzata da un diffuso ritorno al protezionismo. In questo senso, si può affermare la necessità dell'adozione di una prospettiva antitrust internazionale proprio a partire dal controllo delle concentrazioni, cosicché un'analisi equilibrata di talo operazioni, trasparente e mirata a un *welfare* realmente sostenibile, sia opponibile, col suo respiro più ampio, a una politica di protezionismo.

## Appendice

### MOFCOM

Data	Settore	Parti	Rimedio
Nov. 2008	Bevande	InBev, Anheuser-Busch	<b>Approvazione condizionata:</b> 1) non aumentare la quota di investimento in Zhujiang Brewery e Tsingtao Brewery rispetto ai livelli pre-acquisizione; 2) non investire in China Resources Snow Breweries o Beijing Yanjing Brewery; 3) obbligo di avviso al MOFCOM in caso di modifica delle quote di controllo di InBev.
Mar. 2009	Bevande	Coca-Cola, Huiyuan	<b>Bloccata</b>
Sett. 2009	Automobilistica & Attrezzature	General Motors, Delphi	<b>Approvazione condizionata:</b> 1) obbligo di rifornire i produttori automobilistici cinesi senza applicare condizioni discriminatorie; 2) divieto di scambio di informazioni confidenziali su terzi tra le parti; 3) obbligo di cooperare con i clienti nel caso desiderino cambiare fornitore (no imposizione di <i>switching costs</i> ); 4) per GM, continuare ad applicare una <i>policy</i> di acquisto di parti diversificata e non discriminatoria.
Sett. 2009	Farmaceutica	Pfizer, Wyeth	<b>Approvazione condizionata:</b> 1) disinvestimento da parte di Pfizer dello SMPV (swine mycoplasma pneumonia vaccine) in Cina.
Ott. 2009	Batterie	Panasonic, Sanyo	<b>Approvazione condizionata:</b> 1) disinvestimento di core business in tutti i mercati rilevanti.
Giu. 2011	Prodotti chimici & Fertilizzanti	Uralkali, Silvinit	<b>Approvazione condizionata:</b> 1) obbligo di fornitura dell'intero portafoglio di prodotti di cloruro di potassio al mercato cinese in quantità sufficiente e senza modificare in maniera sostanziale le strategie di vendita esistenti.
Ott. 2011	Macchine tessili & <i>Private Equity</i>	Alpha V, Savio	<b>Approvazione condizionata:</b> 1) disinvestimento quote di Alpha V in Uster.
Nov. 2011	Energia	General Electric, Shenhua (formazione di una <i>joint venture</i> )	<b>Approvazione condizionata:</b> 1) divieto di costringere potenziali licenziatari di tecnologie CWS ( <i>coal-water slurry</i> ) a utilizzare i propri prodotti; 2) divieto di aumentare i costi dell'uso di altre tecnologie tramite restrizione della fornitura di materie prime.
Dic. 2011	Componenti per Computer	Seagate, Samsung	<b>Approvazione condizionata:</b> 1) obbligo di indipendenza di Samsung HDD rispetto a Seagate e altri; 2) divieto di limitazione nei confronti di produttori cinesi non affiliati di rivolgersi ad altri fornitori.
Feb. 2012	Prodotti chimici	Henkel Hong Kong, Tiande (formazione di una <i>joint venture</i> )	<b>Approvazione condizionata:</b> 1) obbligo di fornitura a tutti i clienti <i>downstream</i> su una base "giusta, ragionevole e non discriminatoria"; 2) divieto di vendita a prezzi irragionevolmente alti, di favoreggiamento nei confronti della <i>joint venture</i> e di scambio d'informazioni con il partner o la <i>joint venture</i> .
Mar. 2012	Componenti elettronici	Western Digital, Hitachi	<b>Approvazione condizionata:</b> 1) obbligo d'indipendenza di Hitachi GST; 2) divieto di alterazione sostanziale dei rispetti <i>business models</i> e di costrizione dei clienti all'acquisto esclusivo dei propri prodotti.

Mag. 2012	Telefoni cellulari	Google, Motorola Mobility	Approvazione condizionata: 1) obbligo di distribuzione della licenza Android gratuita e di uguale trattamento per tutti i dispositivi mobili del tipo OEM.
Giu. 2012	Sistemi elettronici per l'aviazione	UTC, Goodrich	Approvazione condizionata: 1) obbligo di disinvestimento delle proprie quote nel mercato dei sistemi elettronici.
Ago. 2012	E-Commerce	Walmart, Yihaodian	Approvazione condizionata: 1) divieto di fornire i propri servizi di <i>online trading</i> ad altri senza aver prima ottenuto un permesso; 2) divieto di utilizzo dell'attuale piattaforma di Yihaodian.
Dic. 2012	Processori applicativi & Diritti d'autore	ARM, G&D, Gemalto (formazione di una <i>joint venture</i> )	Approvazione condizionata: 1) obbligo di rendere pubbliche informazioni necessarie allo sviluppo di soluzione TEE alternative.
Apr. 2013	Risorse naturali & estrazione di minerali	Glencore, Xstrata	Approvazione condizionata: 1) obbligo di disinvestire e vendita una miniera di rame in Perù; 2) obbligo di fornire zinco e piombo ai clienti cinesi per otto anni.
Apr. 2013	Prodotti agricoli	Marubeni, Gavlion	Approvazione condizionata: 1) obbligo di costituzione di due sussidiarie indipendenti per l'esportazione di fagioli di soia e per la vendita in Cina; 2) obbligo di mantenere due <i>team</i> indipendenti; 3) divieto di scambio di informazioni tra le due sussidiarie; 4) divieto di acquisto dei prodotti delle due sussidiarie da parte delle stesse.
Ago. 2013	Attrezzature mediche	Baxter, Gambro	Approvazione condizionata: 1) obbligo di disinvestimento da parte di Baxter delle proprie quote nel mercato degli CRPT; 2) obbligo di interruzione dell'accordo OEM con il competitore Niplo nel mercato cinese.
Ago. 2013	Componenti elettronici	Mediatek, MStar	Approvazione condizionata: 1) obbligo di acquisto da parte della sussidiaria taiwanese di MStar del mercato dei chip di controllo delle TV LCD di MStar.
Gen. 2014	Biotechologie	Thermo Fisher, Life Technologies	Approvazione condizionata: 1) obbligo di disinvestire la propria quota nel mercato della coltura cellulare e di vendita del 51% della sua quota in una sussidiaria cinese di bioingegneria; 2) obbligo di riduzione dei prezzi di alcuni prodotti.
Apr. 2014	IT & Software & Attrezzature mobili	Microsoft, Nokia	Approvazione condizionata: 1) obbligo di rispetto di impegni "giusti, ragionevoli e non discriminatori" per le patenti standard essenziali (SEP); 2) divieto di ricerca di ordinanze per la violazione di tali SEP contro gli smartphone prodotti da altri.
Mag. 2014	Telefoni cellulari	Merck kGaA, AZ Electronic Materials	Approvazione condizionata: 1) obbligo di segnalazione di ogni accordo licenza stretto in Cina al MOFCOM; 2) divieto di obbligo dei propri clienti ad acquistare prodotti da entrambe le imprese; 3) obbligo di concessione in licenza di patenti su tecnologie di cristalli liquidi con termini di non esclusività.
Giu. 2014	Spedizioni	Maersk, MSC, CMA CGM	Bloccata
	Batterie	Primearth EV Energy, Toyota Motor China	Approvazione condizionata: 1) obbligo di vendita dei propri prodotti a terzi su base non

Lug. 2014		Investment, Toyota Tsusho, Hunan Corun New Energy, Changshu Sinogy Venture Capital (formazione di una <i>joint venture</i> )	discriminatoria.
-----------	--	---	------------------

### NDRC

Data	Settore	Luogo	Parti	Fattispecie
Mar. 2010	Spaghetti di riso	Guangxi	Juezhihe, Xianyige, Liuzhou Brothers, Yongcai others	Tentativo di formazione di un cartello obbligatorio ( <i>profit pool</i> per determinazione prezzi di mercato)
Ago. 2010	Carta	Zhejiang	Fuyang Paper Manufacturing Industry Association	Tantivo di formazione di un cartello obbligatorio (fissazione prezzi di vendita).
Nov. 2010	Prodotti per la casa	Hubei	Wuchang Salt Company	Vendita in <i>bundle</i>
Mag. 2011	Prodotti per la casa	Shanghai	Unilever	Diffusione prematura di informazioni sui prezzi al pubblico
Nov. 2011	Farmaceutica	Shandong	Weifang Shuntong, Huaxin	Accordo di esclusiva (distribuzione)
Feb. 2012	Prodotti chimici	Hubei	Hubei Yihua Group	Fissazione di prezzi
Mar. 2012	Sabbia marina	Guangdong	Guangdong Sea Sand Association	Tentativo di manipolazione dei prezzi
Gen. 2013	Pannelli LCD	Cina	Samsung, LG, Chimei, AUO, Chunghwa Picture Tubes (CPT), HannStar Display Corporation	Scambio di informazioni, manipolazione dei prezzi
Feb. 2013	Baijiu	Guizhou	Kweichow Moutai Group	Fissazione prezzo minimo di vendita
Feb. 2013	Baijiu	Sichuan	Wuliangye Group	Fissazione prezzo minimo di rivendita

Ago. 2013	Gioielli d'oro	Shanghai	Shanghai Laofengxiang, Yuyan Plaza	Tentativo di fissazione dei prezzi di rivendita
Ago. 2013	Latte in polvere	Cina	Biostime, Mead Johnson Nutrition, Dumex, Abbott, FrieslandCampina, Wyeth, Fonterra, Beingmate, Meiji	Fissazione prezzi di rivendita, adozione misure punitive per chi non rispettava l'accordo
Sett. 2013	Turismo	Hainan	Sanya Platinum Crystal Crafts, Crystal Source, Good Royal Crystal	Formazione di un cartello per fissazione dei prezzi, delle provvigioni e delle quote di mercato
Sett. 2013	Turismo	Hainan, Yunnan	Negozi per turisti (cristalli e spirulina)	Prezzi discriminatori
Sett. 2013	Turismo	Yunnan	Otto agenzie di viaggio nello Yunnan, Lijiang Tourism Association Travel Agency Division	Accordi volti alla fissazione dei prezzi
Sett. 2013	Turismo	Hainan	Hainan Haikou Civil Tourism Agency, Hainan Tongxing Tianxia Travel Agency, altri	Prezzi discriminatori
Dic. 2013	Assicurazioni	Hunan	Hunan Loudi City Insurance Industry Association, altre 12 compagnie di assicurazione	Cartello obbligatorio
Feb. 2014	Banche	Cina	Banche commerciali cinesi	Imposizione di addebiti e tariffe arbitrarie
Mag. 2014	Telecomunicazioni	Cina	InterDigital	Abuso di posizione dominante

Mag. 2014	Oculistica	Cina	Essilor, Zeiss, Nikon, Bausch & Lomb, Johnson & Johnson, Hoya, Weicon	Fissazione prezzi minimi di rivendita, organizzazione di attività promozionali con la finalità di mantenimento dei prezzi minimi di rivendita
Lug. 2014	Mattoni	Hainan	5 produttori domestici	Costituzione di un'associazione illegale per l'armonizzazione dei prezzi per tutte le attività della filiera
Ago. 2014	Automotive	Cina	Hitachi, Denso, Aisan, Mitsubishi Electric, Mitsuba, Yazaki, Furukawa Electric, Sumitomo Electric, Nachi-Fujikoshi, NSK, JTEKT, NTN	Accordi sui prezzi
Ago. 2014	Automotive	Hubei	4 concessionarie Mercedes-Benz	Aumento ingiustificato dei prezzi, collusione per fissazione dei prezzi
Sett. 2014	Assicurazioni	Zhejiang	Zhejiang Insurance Industry Association	Fissazioni delle tariffe assicurative
Sett. 2014	Cemento	Jilin	Yatai, Northern Jidong	Accordi di prezzo
Sett. 2014	Automotive	Hubei	FAW-Audi Sales, 10 concessionarie Audi nello Hubei	Accordi monopolistici

Feb. 2015	Telecomunicazioni	Cina	Qualcomm	Abuso di posizione dominante
Apr. 2015	Automotive	Jiangsu	Mercedes-Benz, concessionarie MB in Nanjing, Wuxi e Suzhou	Accordi monopolistici

**SAIC**

Data	Settore	Luogo	Parti	Fattispecie
Ago. 2010	Asfalto	Jiangsu	Lianyungang Construction Material and Machinery Association	Accordi monopolistici
Apr. 2011	Gas di petrolio liquefatto (GPL)	Jiangxi	Taihe County Huawei LPG Station, altri	Cartello obbligatorio
Gen. 2012	Automobili usate	Henan	11 concessionarie di macchine usate in Anyang, Henan	Cartello obbligatorio
Ago. 2012	Cemento	Liaoning	Liaoning Construction Material Industry Association	Accordi monopolistici
Nov. 2012	Assicurazioni	Hunan	Yongzhou Insurance Association	Accordi monopolistici
Dic. 2012	Assicurazioni	Hunan	Zhangjiajie Insurance Association	Accordi monopolistici
Dic. 2012	Assicurazioni	Hunan	Changde Insurance Association	Accordi monopolistici
Dic. 2012	Assicurazioni	Hunan	Chenzhou Insurance Association	Accordi monopolistici
Dic. 2012	Cemento	Zhejiang	Jiangshan Tiger Product Concrete, Jiangshan Yongcheng Concrete, Jiangshan Hengjiang Product Concrete	Accordi monopolistici

Mar. 2013	Attrezzatura per costruzioni	Zhejiang	Cixi Construction and Engineering Testing Association, Cixi Building and Engineering Quality Supervision Station Energy Office, tre imprese	Cartello obbligatorio
Mar. 2013	Mattoni & Ceramiche	Sichuan	Yibin Building Material Industry Association Brick Committee	Cartello obbligatorio
Apr. 2013	Turismo	Yunnan	Xishuangbanna Tourism Association, Xishuangbanna Travel Agency Association	Le associazioni hanno costretto più di 80 gruppi tra hotel, agenzie di viaggio e altre imprese attive nel settore a promuovere tour e fermate specifiche; previste azioni punitive per chi deviava da queste raccomandazioni; accordi di fissazione del prezzo
Lug. 2013	Materiali esplosivi	Guizhou	Qianzhong Civilian Blasting Equipment Operating Company	Abuso di posizione dominante
Dic. 2013	Ingegneria idraulica	Guangdong	Huizhou Daya Bay Yiyuan Purified Water	Vendite in <i>bundling</i>
Giu. 2014	Sport e intrattenimento	Beijing	Shankai Sports International	Vendite in <i>bundling</i>
Lug. 2014	Fuochi d'artificio	Mongolia interna	6 imprese di fuochi d'artificio a Chifeng, Mongolia interna	Abuso di posizione dominante
Lug. 2014	Tabacco	Mongolia interna	Chifeng Subsidiary of the Inner Mongolia Tobacco Company	Abuso di posizione dominante
Ott. 2014	Estrazione di sabbia e ghiaia	Chongqing	4 operatori di cava a Wuxi County, Chongqing	Accordi monopolisitici
Ott. 2014	Tabacco	Jiangsu	Xuzhou Tobacco Company	Abuso di posizione dominante
Nov. 2014	Gas naturali	Chongqing	Chongqing Gas Group	Prezzi discriminatori

Dic. 2014	Asfalto	Zhejiang	Zhejiang Shangyu Concrete Association	Accordi monopolisitici
Feb. 2015	Riserve idriche	Hainan	Hainan Dongfang Water Company	Abuso di posizione dominante

## Brevi riflessioni conclusive

Nella teoria economica è prevalsa tradizionalmente l'idea che il valore della concorrenza dipenda dai risultati, misurati in termini di efficienza, di utilità sociale a essa ascrivibili. Ma oggi il riferimento all'efficienza sta perdendo il suo valore ermeneutico: da un lato, se ne affermano dimensioni nuove, essendo essa sempre più intesa in senso dinamico, anziché statico; dall'altro, è ormai acquisito che vi siano situazioni di mercato non perfettamente concorrenziali, ma perfettamente compatibili con l'efficienza.

Questa maggiore complessità pone nuovi problemi all'analisi della concorrenza e all'applicazione delle politiche di promozione e di tutela della stessa, i due aspetti dell'azione antitrust demandata ai pubblici poteri. I problemi riguardano soprattutto: l'individuazione di comportamenti abusivi derivanti da posizioni di potere di mercato che, seppur acquisite in virtù di maggiore efficienza, possono costituire monopoli in grado di ledere gravemente la concorrenza; la presenza di collusione che restringe sempre la competitività del settore, ma talvolta può essere un mezzo per aumentare l'efficienza e il benessere dei consumatori.

Queste problematiche sono fortemente sentite anche in Cina. L'evoluzione socio-politica cinese degli ultimi anni ha comportato un cambiamento radicale del sistema economico del Paese, il quale ha richiesto l'adozione di una disciplina a tutela del mercato nuova e fortemente infusa di spunti provenienti da un coro molto variegato di autori e studiosi. Il risultato è stata una legge apparentemente molto simile, nelle formulazioni e nelle fattispecie, alle normative diffuse nel mondo, e specialmente in Europa e negli Stati Uniti, ma ricca di caratteristiche proprie, che emergono a una più attenta analisi: la presenza di molte clausole aperte e generiche, necessarie per lasciare un ampio margine d'azione all'autorità cui viene richiesto di fondere obiettivi di efficienza economica con altri di natura politica; la previsione di fattispecie nuove e proprie esclusivamente della normativa in questione, come il divieto di abuso di potere amministrativo. Anche nell'applicazione pratica l'esperienza cinese può sembrare vicina a quella europea e mondiale, ma se ne discosta molto quando considerazioni come la tutela della sicurezza e dello sviluppo della nazione entrano in valutazioni che altrove rimangono prettamente economiche, quali sono le risoluzioni di casi antitrust. Lo stesso procedimento di definizione del mercato rilevante, la cui importanza è cruciale, sembra più blando, mancando l'applicazione delle teorie e delle tecniche tipiche, invece, della legislazione europea.

Queste differenze derivano dai diversi obiettivi che si propongono di raggiungere le normative. In Europa la disciplina antitrust nasce come collante dei vari mercati nazionali per la creazione del mercato unico, quale è dopotutto il sogno ultimo dell'Unione; in Cina, invece, le motivazioni della definizione di una tale normativa possono forse essere ricercate nel voler avvicinare la propria esperienza a quella mondiale, proseguendo così un percorso di *catching up* con i maggiori Paesi

industrializzati.

Il tutto risulta evidente da un'analisi approfondita dei casi, e in particolare di quello della Coca Cola; l'operazione di acquisizione venne bloccata non solo sulla base di valutazioni economiche (di difficile ricostruzione), ma soprattutto in funzione della ricerca di obiettivi politici e di sviluppo industriale. Il caso evidenzia in maniera lampante la grande differenza esistente tra l'esperienza cinese e quella avutasi altrove nel mondo, dove la tutela della concorrenza tenta di rimanere autonoma e indipendente rispetto ad altri obiettivi che i governi dei vari Paesi possano voler tentare di raggiungere.

La ricerca presenta rilevanti implicazioni pratiche, specialmente in termini di ausilio alle imprese che intendano ampliare le proprie quote di mercato attraverso operazioni di fusioni e acquisizioni nel mercato cinese: è evidente, infatti, che la realizzazione di tali operazioni non può prescindere da un'attenta analisi dei risvolti concorrenziali delle stesse al fine di evitare di incorrere in sanzioni derivanti dal mancato rispetto della disciplina antitrust.

Il lavoro presenta inevitabili limiti dovuti soprattutto alla più volte menzionata difficoltà di reperimento delle informazioni e degli strumenti necessari per fornire una più dettagliata analisi della normativa e dell'esperienza pratica. Del resto, molte informazioni sono di difficile comprensione a causa di ostacoli spesso insormontabili, costituiti dall'assenza di traduzioni ufficiali della maggior parte delle notizie condivise, nonché dalla limitata trasparenza delle autorità, le quali, in rari casi, hanno pubblicato documenti utili per la comprensione delle loro decisioni.

Future ricerche potrebbero essere indirizzate ad ampliare l'analisi di casi pratici aventi a oggetto l'applicazione della disciplina antitrust, con specifico riferimento ad altre fattispecie rispetto alle operazioni di concentrazione. Oltre alle suddette analisi di carattere strutturale, infatti, la ricerca futura potrebbe essere incentrata sulle condotte anticompetitive delle imprese, quali, ad esempio, intese collusive, abusi di posizione dominante e tentativi di monopolizzazione del mercato, condotte, cioè, la cui linea di confine con una lecita politica commerciale deve essere analizzata attraverso l'uso di strumenti teorici robusti, che consentano una corretta analisi dei casi concreti e delle relative implicazioni.

In tale prospettiva, è opportuno ribadire che uno studio critico sui risvolti economici, politici e tecnici della normativa in tema di concorrenza in Cina non possa prescindere dal confronto tra il sistema dei principi contenuto nella disciplina e la ricaduta applicativa degli stessi in termini di pronunciamenti delle autorità antitrust cinesi.

## Bibliografia

- Amato, G. (1998). Il potere e l'antitrust.
- Anti-Monopoly Law (promulgated by Order No. 68 of August 30, 2007, of the President of the People's Republic of China). <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/6543>
- Antitrust and Competition in China: <https://globalcompliancenews.com/antitrust-and-competition/antitrust-and-competition-in-china/>
- Berry, J. (2005). Anti Monopoly Law in China: A Socialist Market Economy Wrestles with Its Antitrust Regime.
- Deng, F. et al. (2009). A Hard Landing in the Soft Drink Market —MOFCOM's Veto of the Coca-Cola & Huiyuan Deal.
- De Vincenti, C. & Vigneri, A. (2006.) Le virtù della concorrenza.
- Facco, L. (2004). Antitrust: Mito e realtà dei monopoli.
- Fels, A. (2012). China's Antimonopoly Law 2008: An Overview. *Review of Industrial Organization*, 41(1/2), 7-30. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/43550390>
- Gerber, D. J., (2004). Constructing Competition Law in China: The Potential Value of European and U.S. Experience, 3 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 315, [http://openscholarship.wustl.edu/law\\_globalstudies/vol3/iss2/7](http://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol3/iss2/7)
- Grobowski, J. & Li, Y. (2009). Guidelines on the Definition of Relevant Market. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/tr/tr131en.pdf>
- Harris, S. et al. (2011). Anti-Monopoly Law and Practice in China.
- von Hayek, F. (1988) Conoscenza, Mercato, Pianificazione.
- Huang, X. (2015). Huiyuan's Acquisition by Coca-Cola in PRC — Case Analysis. <http://www.joebm.com/papers/193-W10043.pdf>
- Li, G. (2018). China's Anti-Monopoly Law: A Reflection of the Successful Transition from a Centrally-Planned to a Market Economy. In *Revisiting China's Competition Law and Its Interaction with Intellectual Property Rights* (pp. 25-35). Baden-Baden, Germany: Nomos Verlagsgesellschaft mbH. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/j.ctv941t3g.7>
- Li, G. (2018). EU Competition Policy: Main Reference for China's Anti-Monopoly Law. In *Revisiting China's Competition Law and Its Interaction with Intellectual Property Rights* (pp. 36-46). Baden-Baden, Germany: Nomos Verlagsgesellschaft mbH. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/j.ctv941t3g.8>
- Lin, P., & Zhao, J. (2012). Merger Control Policy Under China's Anti-Monopoly Law. *Review of Industrial Organization*, 41(1/2), 109-132. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/43550394>

- Liu, Z., & Qiao, Y. (2012). Abuse of Market Dominance Under China's 2007 Anti-monopoly Law: A Preliminary Assessment. *Review of Industrial Organization*, 41(1/2), 77-107. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/43550393>
- McNulty, P. (1968). Economic Theory and the Meaning of Competition. <http://www.jstor.org/stable/1879604>
- McNulty, P. (1967). A Note on the History of Perfect Competition. *Journal of Political Economy*, 75(4), 395-399. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/1828600>
- Pera, A. (1998). Concorrenza e Antitrust.
- Stigler, G. (1957). Perfect Competition, Historically Contemplated. *Journal of Political Economy*, 65(1), 1-17. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/1824830>
- Xian-Chu, Z. (2009). An Anti-Monopoly Legal Regime in the Making in China as a Socialist Market Economy. *The International Lawyer*, 43(4), 1469-1493. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/40708082>
- Yuen, S. (2014). Taming the “Foreign Tigers”: China’s anti-trust crusade against multinational companies. [www.jstor.org/stable/24055651](http://www.jstor.org/stable/24055651)
- Wang, X. (2008). Highlights Of China's New Anti-Monopoly Law. *Antitrust Law Journal*, 75(1), 133-150. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/27897572>

### Sitografia

- H. Stephen Harris, M. Allen Cohen. (2009) [https://www.martindale.com/antitrust-trade-regulation-law/article\\_Jones-Day\\_661002.htm](https://www.martindale.com/antitrust-trade-regulation-law/article_Jones-Day_661002.htm)
- M. Bachrack et al. (2009) <http://www.chinabusinessreview.com/merger-control-under-chinas-antimonopoly-law-the-first-year/>
- Clearly Gottlieb. (2009) <https://www.clearlygottlieb.com/-/media/organize-archive/cgsh/files/publication-pdfs/coca-cola-huiyuan-first-chinese-prohibition-decision-under-new-merger-control-rules.pdf>
- Gibson Dunn. (2019) <https://www.gibsondunn.com/antitrust-in-china-2018-year-in-review/>
- Convington Alert. (2019) <https://www.cov.com/en/news-and-insights/insights/2019/03/competition-law-enforcement-trends-and-developments-in-the-us-europe-and-china>
- Huang Wei, Han Guizhen. (2015) <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/03/Relevant-Market-Definition.pdf>
- The China Dashboard. (2019) <https://chinadashboard.asiasociety.org/spring-2019/page/competition>

B. H. Zhang. <https://www.hg.org/legal-articles/china-clarified-definition-to-relevant-market-for-antitrust-enforcement-and-its-impact-on-m-a-transactions-7827>

D. Fleming et al. <https://globalcompliancenews.com/antitrust-and-competition/antitrust-and-competition-in-china/>